كتاب الدَّعَاوَى والبيِّنات

الدَّعْوَى (1 في اللُّغةِ 1) : إضافةُ الإنسان إلى نَفْسِه شيئًا ، مِلْكًا ، أو استِحقاقًا ، أو صَفْقةً[2] ، أو نحوَ ذلك . وهى فى الشَّرْعِ : إضافتُه إلى نَفْسِه استِحْقاقَ شيءٍ فى يدِ غيرِه ، أو فى ذِمَّتِه . والمُدَّعَى عليه ، مَنْ يُضَافُ إليه استِحْقَاقُ شيءٍ عليه . وقال ابنُ عَقِيل : الدَّعْوَى الطَّلَبُ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ ﴾[3] . وقيل : المُدَّعِى مَنْ يَلْتَمِسُ بقَوْلِه أخْذَ شَىءٍ من يدِ غيْرِه ، أو إثْبَاتَ حقٍّ فى ذِمَّتِه . والمُدَّعَى عليه مَنْ يُنْكِرُ ذلك . وقيل : المدَّعِى مَنْ إذا تُرِكَ لم يَسْكُت ، والمُدَّعَى عليه مَنْ إذا تُرِكَ سَكَتَ . وقد يكون كُلُّ واحِدٍ منهُما مُدَّعِيًا ومُدَّعًى عليه ؛ بأنْ يَخْتَلِفا فى العَقْدِ ، فيَدَّعِى كُلُّ واحِدٍ منهُما أنَّ الثَّمَنَ غيرُ الَّذِى ذَكَرَه صاحِبُهُ . والأصْلُ فى الدَّعْوَى قَوْلُ النَّبىِّ ﷺ : « لَوْ أُعْطِىَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ / دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، ولكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » (4 رواه مسلمٌ 4) . وفى حديثٍ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِى ، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْه »[5] . ولا تَصِحُّ الدَّعْوَى إلَّا من جَائِزِ التَّصَرُّفِ . 11/128ظ

1934 ــ مسألة ؛ قال أبو القَاسم ، رحمَه اللهُ : (**وَمَنِ ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرَأَةٍ ، فأَنْكَرَتْهُ ، وَلَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يُحَلَّفْ**)

وجُملتُه أنَّ النِّكَاحَ لا يُسْتَحْلَفُ فيه ، رِوَايةً واحِدةً . ذكَرَه القاضى . وهو قَوْلُ أبى حنيفة . ويَتَخَرَّجُ أنْ يُسْتَحْلَفَ فى كُلِّ حَقٍّ لآدَمِىٍّ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ وابنِ المُنْذِرِ ،

(1 – 1) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(2) فى ا : « صفة » .

(3) سورة يس 57 .

(4 – 4) فى ا : « متفق عليه » . وتقدم تخريجه ، فى : 6/525 .

(5) تقدم تخريجه ، فى : 6/587 .

ونحوهُ قَوْلُ أبي يوسفَ ومحمدٍ ؛ لقوْلِ النَّبيِّ ﷺ : « ولكِـنَّ اليَمِيـنَ عَلَـى الْمُدَّعَـى عَلَيْهِ »[1] . ولأنَّه حَقٌّ لآدَمِيٍّ ، فيُسْتَحْلَفُ فيه ، كالمالِ ، ثم اخْتَلَفُوا ، فقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : يُسْتَحْلَفُ في النِّكَاحِ ، فإنْ نكَل ، أُلْزِمَ النِّكَاحَ . وقال الشَّافِعِيُّ : إنْ نَكَل ، رُدَّتِ اليَمِينُ على الزَّوْجِ فحلَفَ ، وثَبَتَ النِّكَاحُ . ولَنا ، أنَّ هذا ممَّا لا يَحِلُّ بَذْلُه ، فلم يُسْتَحْلَفْ فيه ، كالْحَدِّ . يُحقِّقُ هذا أنَّ الأبْضَاعَ ممَّا يُحْتَاطُ فيها ، فلا تُبَاحُ بالنُّكُولِ ، ولا به وبيَمِينِ المُدَّعِي ، كالحُدُودِ ، وذلك لأنَّ النُّكُولَ ليس بحُجَّةٍ قَوِيَّةٍ ، إنَّما هو سُكُوتٌ مُجَرَّدٌ يحتَمِلُ أنْ يكونَ لخَوْفِه من اليَمِينِ ، أو للجَهْلِ بحَقِيقَةِ الحَالِ ، أو للحَياءِ من الحَلِفِ والتَّبَذُّلِ في مَجْلِسِ الحاكِمِ ، ومع هذه الاحْتِمالاتِ ، لا يَنْبَغِي أن يُقْضَى به فيما يُحْتاطُ له ، ويَمِينُ المُدَّعِي إنَّما هي قَوْلُ نَفْسِه ، لا ينْبَغِي أن يُعْطَى بها أمْرًا فيه خَطَرٌ عظِيمٌ ، وإثْمٌ كبيرٌ ، ويُمَكَّنُ من وَطْءِ امْرَأةٍ يَحْتَمِلُ أنْ تكونَ أجْنَبِيَّةً منه . وأمَّا الحَدِيثُ فإنَّما يتَنَاوَلُ[2] الأمْوَالَ والدِّمَاءَ ، فلا يدْخُلُ النِّكَاحُ فيه ، ولو دَخَلَ فيه كُلُّ دَعْوَى ، لَكانَ مخصُوصًا بالحُدُودِ ، والنِّكَاحُ في مَعْنَاه ، بل النِّكَاحُ أوْلَى ، لأنَّه لا يكادُ يَخْلُو من شُهُودٍ ، لكَوْنِ[3] الشَّهادةِ شَرْطًا في انْعِقادِه ، أو من اشْتِهارِه ، فيُشْهَدُ فيه بالاسْتِفاضَةِ ، والحُدودُ بخِلافِ ذلك . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه يُفرَّقُ بينهما ، ويُحَالُ بينَه وبينَها / ويُخْلَى سَبِيلُها . وإنْ قُلْنَا : إنَّها تحْلِفُ على الاحْتِمالِ الآخَرِ . فنَكَلَتْ ، لم يُقْضَ بالنُّكُولِ ، وتُحْبَسُ ، في أحَدِ الوَجْهَيْن ، حتَّى تُقِرَّ أو تَحْلِفَ ، وفي الآخَرِ ، يُخْلَى سَبِيلُها ، وتكُونُ فائِدَةُ شَرْعِ اليَمِينِ التَّخْوِيفَ والرَّدْعَ ، لتُقِرَّ إنْ كان المُدَّعِي مُحِقًّا ، أو تَحْلِفَ ، فتَبْرأَ إنْ كان مُبْطِلًا . ١١/١٢٩و

فصل : وإذا ادَّعَى رجُلٌ نِكاحَ امرأةٍ ، احتاجَ إلى ذِكْرِ شَرائِطِ النِّكاحِ ، فيقولُ : تزَوَّجْتُها بولِيٍّ مُرْشِدٍ وشاهِدَيْ عَدْلٍ ورِضَاهَا . إنْ كانت ممَّنْ يُعْتَبرُ رِضاها . وهذا مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفة ، ومالِكٌ : لا يحْتاجُ إلى ذِكْرِ شَرَائِطِه ؛ لأنَّه نَوْع

---

(١) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

(٢) في ب ، م : « تناول » .

(٣) في الأصل : « لكن » .

مِلْكٍ ، فأشْبَهَ مِلْكَ العَبْدِ ، ألا تَرَى أنَّه لا يحْتاجُ أنْ يقولَ : وليْسَتْ مُعْتَدَّةً ولا مُرْتَدَّةً . ولَنا ، أنَّ النَّاسَ اختَلَفُوا في شَرَائِطِ النِّكاحِ ، فمنهم مَنْ يشْتَرِطُ الوَلِيَّ والشُّهُودَ ، ومنهم مَنْ لا يشْتَرِطُ ، ومنهم مَنْ يشْتَرِطُ إذْنَ البِكْرِ البالِغِ لأبيها في تَزْوِيجِها ، ومنهم مَنْ لا يشْتَرِطُه ، وقد يدَّعِي نِكاحًا يعْتَقِدُه صحيحًا ، والحاكِمُ لا يرَى صِحَّتَه ، ولا ينْبَغِي أنْ يَحْكُمَ بصِحَّتِه مع جَهْلِه بها ، ولا[٤] يعْلَمُ بها[٤] ما لم تُذْكَرِ الشُّرُوطُ ، وتقومِ البَيِّنَةُ بها ، وتُفارِقُ المالَ ، فإنَّ أسْبَابَه لا[٥] تَنْحَصِرُ ، وقد يخْفَى على المُدَّعِي سَبَبُ ثُبوتِ حَقِّه ، والعُقودُ تكْثُرُ شُرُوطُها ، ولذلك اشْتَرطْنَا لِصِحَّةِ البَيْعِ شُرُوطًا سَبْعةً ، وربَّما لا يُحْسِنُ المُدَّعِي عَدَّها ولا يَعْرِفُها ، والأَمْوالُ ممَّا يُتَساهَلُ فيها ؛ ولذلك افْترَقا في اشْتِرَاطِ الوَلِيِّ والشُّهُودِ في عُقودِه ، فافْترَقا في الدَّعْوَى . وعدمُ العِدَّةِ والرِّدَّةِ ، [٦] الأصلُ عَدَمُها ، ولا يخْتَلِفُ النَّاسُ فيه[٦] ، ولا تَخْتَلِفُ به الأَغْرَاضُ . فإنْ كانتِ المَرْأةُ أمةً والزَّوْجُ حُرًّا ، فقياسُ ما ذكَرْناه ، أنَّه يحْتاجُ إلى ذِكْرِ عَدَمِ الطَّوْلِ ، وخَوْفِ العَنَتِ ؛ لأنَّهما من شَرَائِطِ صِحَّةِ نِكَاحِها ، وأمَّا إنِ ادَّعَى اسْتِدَامةَ الزَّوْجِيَّة ، ولم يدَّعِ العَقْدَ ، لم يحْتَجْ إلى ذِكْرِ شُروطِه ،[٧] في أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّه يثْبُتُ ١١/١٢٩ظ بالاسْتِفاضَةِ . ولو اشْتُرِطَ ذِكْرُ الشُّروطِ ، لاشْتُرِطَتِ الشَّهادةُ به ، ولا يَلْزَمُ ذلك في شهادَةِ الاسْتِفَاضَةِ . وفي الثَّانِي يحْتاجُ إلى ذِكْرِ الشُّروطِ ؛ لأنَّه دَعْوَى نِكَاحٍ ، فأشْبَهَ دَعْوَى العَقْدِ .

فصل : وإنِ ادَّعَتِ المَرْأةُ النِّكَاحَ على زَوْجِها ، وذكَرَتْ معه حقًّا من حُقُوقِ النِّكاحِ ، كالصَّداقِ والنَّفَقةِ ونحوِها ، سُمِعَتْ دَعْوَاها . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها تدَّعِي حقًّا لها تُضِيفُه إلى سَبَبِه ، فتُسْمَعُ دَعْواها ، كما لو ادَّعَتْ مِلْكًا أضافَتْه إلى الشِّرَاءِ . وإنْ أفرَدَتْ[٨] دَعْوَى النِّكاحِ ، فقال القاضي : تُسْمَعُ دَعْوَاها أيضًا ؛ لأنَّه سَبَبٌ لحقُوقٍ لها ، فتُسْمَعُ دَعْواها فيه ، كالبَيْعِ . وقال أبو الخَطَّاب : فيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا تُسْمَعُ دَعْوَاها[٩] ؛

(٤ - ٤) في ا : « يعلمها » .

(٥) سقط من : ب ، م .

(٦ - ٦) في م : « لم يختلف الناس فيه ، والأصل عدمها » .

(٧) في م : « الشروط » .

(٨) في ب : « انفردت » .

(٩) في م زيادة : « فيه » .

لأنَّ النِّكاحَ حَقٌّ للزوجِ عليها ، فلا تُسْمَعُ دعْوَاها حَقًّا لغيرِها . فإن قُلْنا بالأوَّلِ ، سُئِلَ الزَّوْجُ ، فإنْ أنْكرَ ولم تكُنْ بيِّنةٌ ، فالقَوْلُ قولُه من غيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّه إذا لم تُستَحلَفِ المرْأةُ والحقُّ عليها ، فلأن لا يُسْتَحْلَفَ مَن الحقُّ له ، [١٠]وهو يُنْكِرُه[١٠] ، أوْلَى[١١] . ويَحْتَمِلُ أنْ يُسْتَحْلَفَ ؛ لأنَّ دَعْوَاها إنَّما سُمِعَتْ لتضَمُّنِها دَعْوَى[١٢] حُقُوقٍ مَالِيَّةٍ تُشْرَعُ فيها اليَمِينُ . وإنْ قامَتِ البَيِّنَة بالنِّكَاحِ ، ثَبتَ لها ما تَضَمَّنَه النِّكَاحُ من حُقُوقِها . وأمَّا إباحَتُها له ، فتَنْبَنِي على باطِنِ الأمْرِ ، فإنْ عَلِمَ أنَّها امْرأتُه ،[١٣] حلَّتْ له ؛ لأنَّ إنْكارَه النِّكاحَ ليس بطَلاقٍ ، ولا نَوَى به الطَّلاقَ ، وإنْ عَلِمَ أنَّها ليستِ امْرَأتَه ؛ إمَّا لعَدَمِ العَقْدِ ، أو لبَيْنُونَتِها منه ، لم تَحِلَّ له . وهل يُمَكَّنُ منها في الظَّاهِرِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يُمَكَّنُ منها ؛ لأنَّ الحاكِمَ قد حَكَمَ بالزَّوْجِيَّة . والثَّانِي ، لا يُمَكَّنُ منها ، لإِقْرارِه على نَفْسِه بتَحْرِيمِها عليه ، فيُقْبَلُ قَوْلُه في حقِّ نَفْسِه ، دونَ ما عليه ، كما لو تَزَوَّجَ[١٤] امرأةً ، ثم قال : هي أُخْتِي من الرَّضَاعَة . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ دعْوَاها النِّكَاحَ كدَعْوَى الزَّوْجِ ، فيما ذَكَرْنا ، من الكَشْفِ عن سَبَبِ النِّكَاحِ ، وشَرَائِطِ العَقْدِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ قرِيبٌ ممَّا ذَكَرْنا في هذا / ١٣٠/١١و الفَصْلِ .

فصل : فأمَّا سائِرُ العُقُودِ [١٥]غيرُ النِّكَاحِ[١٥] ، كالبَيْعِ والإِجارَةِ والصُّلْحِ وغيرِها ، فلا يفْتَقِرُ إلى الكَشْفِ ، وذِكْرِ الشُّروطِ ، في أصَحِّ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّها لا يُحْتَاطُ لها ولا تَفْتَقِرُ إلى الوَلِيِّ والشُّهُودِ ، فلم تفْتَقِرْ إلى الكَشْفِ ، كدَعْوَى العَينِ ، وسَوَاءٌ كان المَبِيعُ جَارِيَةً أو غَيْرَها ؛ لأنَّها مَبِيعٌ ، فأشْبَهَتِ العَبْدَ[١٦] ، وكذلك إذا كان المُدَّعَى عَيْنًا أو دَيْنًا ، لم يحْتَجْ إلى ذِكْرِ السَّبَبِ ؛ لأنَّ أسْبَابَ ذلك تَكْثُرُ ولا تَنْحَصِرُ ، ورُبَّما خفِيَ على المُسْتَحِقِّ سَبَبُ

(١٠ – ١٠) سقط من : ا .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) في ا : « معنى » .

(١٣) في م : « زوجته » .

(١٤) في ب : « زوج » .

(١٥ – ١٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : « الجارية » .

استحْقَاقِه ، فلا يُكلَّف بيَانَه ، ويَكْفِيه أنْ يقولَ : أسْتَحِقُّ هذه العَيْنَ التى فى يَدِه ، أو أسْتَحِقُّ كذاوكذا فى ذِمَّتِه. ويقولَ فى البَيْع : إنِّى اشْتَرَيْتُ منه هذه الجارِيَةَ بألْفِ درهمٍ ، أو بعْتُها منه بذلك. ولا يحْتاجُ أنْ يقولَ : وهى مِلْكُه، [17] أو وهى ملكى [17] - [18] ونحوَ ذلك [18] الأمْرِ - وتَفرَّقْنا عن تَرَاضٍ . وذَكَرَ أبو الخَطَّاب فى العُقودِ وَجْهًا آخرَ ، أنَّه يُشْتَرطُ ذِكْرُ شُرُوطِها ، قِياسًا على النِّكَاحِ . وذَكَرَ أصْحَابُ الشَّافِعىِّ هٰذَين الوَجْهَين ، ووَجْهًا ثالثًا ، أنَّه إنْ كان المَبيعُ جَارِيَةً ، اشْتُرِطَ ذِكْرُ شُرُوطِ البَيْعِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يُسْتَباحُ به الوَطْءُ ، فأشْبَهَ النِّكَاحَ ، وإنْ كان المَبيعُ غيرَها ، لم يُشْتَرَطْ ؛ لعدمِ ذلك . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّها دَعْوَى فيما لا يُشْتَرطُ فيه الوَلِىُّ والشُّهُودُ ، أشْبَهَ دَعْوَى العَيْنِ . وما لَزِم ذِكْرُه فى الدَّعْوَى ، فلم يَذْكُرْه ، سألَه الحاكِمُ عنه ، لتَصِيرَ الدَّعْوَى مَعْلُومَةً ، فيُمْكِنَ الحاكمَ الحكمُ بها . وقد ذكَرْنا سائِرَ الدَّعَاوَى فيما سَبَقَ ، بما أغْنَى عن إعادَتِه هٰهُنا .

١٩٣٥ - مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ ادَّعَى دَابَّةً فِى يَدِ رَجُلٍ ، فأَنْكَرَ** [1] ، **وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِى بِبَيِّنَتِهِ ، وَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى بَيِّنَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، لِأَنَّ النَّبِىَّ ﷺ أَمَرَنَا بِسَمَاعِ** [2] **بَيِّنَةِ / الْمُدَّعِى وَيَمِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَسَوَاءٌ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهَا لَهُ ، أَوْ قَالَتْ : وُلِدَتْ فِى مِلْكِهِ** [3]) ١١/١٣٠ظ

وجُمْلَةُ ذلك أنَّ مَنْ ادَّعى شيئًا فى يدِ غيرِه ، فأنْكرَه ، ولكُلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فإنَّ بيِّنَةَ المُدَّعِى تُسَمَّى بَيِّنَةَ الخارِجِ ، وبَيِّنَةَ المُدَّعَى عليه تُسَمَّى بيِّنة الدَّاخِلِ ، وقد اخْتلفَتِ الرِّوَايةُ عن أحمد ، فيما إذا تعارَضَتا ، فالمشْهُورُ عنه تقْدِيمُ بَيِّنَةِ المُدَّعِى ، ولا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ المُدَّعَى عليه بحَالٍ . وهذا قولُ إسحاق . وعنه ، روايةٌ ثانِيةٌ ، إنْ شهدَتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ بسبَبِ الملكِ ، وقالتْ [4] : نُتِجَتْ فى مِلْكِه ، أو اشْتَرَاها ، أو نَسَجَها . أو كانت بَيِّنَتُه

(١٧ - ١٧) سقط من : ب .

(١٨) فى النسخ : « ونحن جائز » .

(١) فى ا : « فأنكره » .

(٢) فى ا : « باستماع » .

(٣) فى م زيادة : « عليه » .

(٤) فى الأصل : « فقال» . وفى ب : « فقالت » .

أَقْدَمَ تاريخًا ، قُدِّمَتْ ، وإلَّا قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المُدَّعِى . وهو قول أبى حنيفةَ وأبى ثَوْرٍ ، فى النِّتاجِ والنِّساجِ ، فيما لا يتكرَّرُ نَسْجُه ، فأمَّا ما يتكرَّرُ نسْجُه ، كالصُّوفِ والخَزِّ ، فلا تُسْمَعُ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّها إذا شَهِدتْ بالسَّبَبِ ، فقد أفادَتْ ما لا تُفِيدُه اليَدُ ، وقد رَوَى جابرُ بن عبد الله ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ اخْتَصَمَ إليه رجُلان فى دَابَّةٍ أو بَعيرٍ ، فأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما البَيِّنَةَ بأنَّها له ، أنْتَجَها ، فقضَى بها رسولُ الله ﷺ للذى هى فى يَدِه[٥] . وذكرَ أبو الخَطَّاب ، روايةً ثالثةً ، أنَّ بَيِّنَةَ المُدَّعَى عليه تُقَدَّمُ بكلِّ حالٍ . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والحَكَمِ ، والشَّافِعِىِّ ، وأبى عُبَيْد . وقال: هو قولُ أهْلِ المدينة ، وأهْلِ الشَّام. ورُوِى ذلك[٦] عن طاوُسٍ . وأنْكَرَ القاضى كَوْنَ هذا روايةً عن أحمدَ ، وقال : لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ إذا لم تُفِدْ إلَّا ما أفادَتْه يَدُه ، روايَةً وَاحِدَةً . واحْتَجَّ مَنْ ذهبَ إلى هذا القَوْلِ بأنَّ جَنَبَةَ المُدَّعَى عليه أقْوَى ؛ لأنَّ الأصْلَ معه ، ويَمِينُه تُقَدَّمُ على يَمِينِ المُدَّعِى ، فإذا تعارَضَتِ البَيِّنَتَان ، وَجَبَ إبْقاءُ يَدِه على ما فيها ، وتَقْدِيمُه ، كما لو لَمْ تكُنْ بَيِّنَةٌ لواحِدٍ منهما .

١٣١/١١و وحديثُ جابر يدُلُّ على هذا ، فإنَّه إنَّما قُدِّمَتْ[٧] بَيِّنَتُهُ لِيَدِه . ولَنا ، / قولُ النَّبىِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِى ، والْيَمِينُ على المُدَّعَى عَلَيْهِ »[٨] . فجعَلَ جِنْسَ البَيِّنَةِ فى جَنَبَةِ المُدَّعِى ، فلا يَبْقَى فى جَنَبَةِ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةٌ ، ولأنَّ بَيِّنَةَ المُدَّعِى أكثرُ فائِدَة ، فوَجَبَ تَقْدِيمُها ، كتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الجَرْحِ على التَّعْدِيلِ . ودليلُ كثْرَةِ فائدَتِها ، أنَّها تُثْبِتُ شيئًا لم يكُنْ ، وبيِّنَةُ المُنْكِرِ إنَّما تُثْبِتُ ظاهِرًا تدلُّ اليَدُ عليه ، فلم تَكُنْ مُفِيدَةً ، ولأنَّ الشَّهادةَ بالمِلْكِ يجُوزُ أنْ يكونَ مُسْتَنَدُها رُؤْيَةَ اليَدِ والتَّصرُّف ، فإنَّ ذلك جائِزٌ عندَ كثيرٍ من أهْلِ العِلْمِ ، فصارَتِ البَيِّنَةُ بمَنْزِلَةِ اليَدِ المُفْرَدَةِ ، فتقدَّمُ عليها بَيِّنَةُ المُدَّعِى ، كما تُقَدَّمُ على اليَدِ ، كما أنَّ شاهِدَىِ الفَرْعِ لمَّا كانا مَبْنِيَّيْن على شَاهِدَىِ الأصْلِ ، لم تكُنْ لهُما مَزِيَّةٌ عليهما .

---

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب المتداعيين يتنازعان ... ، من كتاب الدعاوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/٢٥٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب فى الأقضية والأحكام وغير ذلك . سنن الدارقطنى ٤/٢٠٩ . والإمام الشافعى ، انظر : كتاب الأحكام والأقضية ، من ترتيب المسند ٢/١٨٠ .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى ا : « قدم » .

(٨) تقدم تخريجه ، فى حاشية : ٦/٥٨٧ .

فصل : وأىُّ البَيِّنَتَيْن قدَّمْنَاها ، لم يَحْلِفْ صَاحِبُها معها . وقال الشَّافِعِىُّ ، فى أحَدِ قوْلَيْه : يُسْتَحْلَفُ صَاحِبُ اليَدِ ؛ لأنَّ الْبَيِّنَتَيْن سَقَطَتَا بتعارُضِهما ، فصَارَا كمَنْ لا بَيِّنَةَ لهما ، فيَحْلِفُ الدَّاخِلُ[٩] كما لو لم تَكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ . ولَنا ، أنَّ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْن رَاجِحَةٌ ، فيَجِبُ الحُكْمُ بها مُنْفرِدَةً ، كما لو تَعارَضَ خَبَران ، خَاصٌّ وعَامٌّ ، أو أحَدُهما أرْجَحُ بوَجْهٍ من الوُجُوه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الْبَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ تَسْقُطُ ، وإنَّما تَرْجُحُ ، ويُعْمَلُ بها ، وتَسْقُطُ المَرْجُوحَةُ .

فصل : فإنْ كانتِ الْبَيِّنَةُ لأحَدِهما دونَ الآخَرِ ، نَظَرْتَ ؛ فإنْ كانتِ الْبَيِّنَةُ للمُدَّعِى وَحْدَه ، حُكِمَ بها ، ولم يَحْلِفْ ، بغيْرِ خِلافٍ فى المذهبِ . وهو قولُ أهْلِ الفُتْيَا من أهلِ الأمْصَارِ ؛ منهم الزُّهْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال شُرَيْحٌ ، وعَونُ بنُ عبد اللهِ[١٠] ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وابن أبى ليْلَى : يُسْتَحْلَفُ الرَّجُلُ مع بَيِّنَتِه . قال شُرَيْحٌ لرجُلٍ[١١] : لو أثْبَتَ عِنْدِى كذا وكذا شاهِدًا ، ما قَضَيْتُ لك حتَّى تحْلِفَ[١٢] . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ للحَضْرَمِىِّ : / « بيِّنَتُكَ ، أو يَمِينُه ، لَيْسَ لَكَ إلَّا ذلِكَ »[١٣] . ١٣١/١١ظ
وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « البَيِّنَةُ على المُدَّعِى ، واليَمِينُ عَلَى المُدَّعَى عليْه » . ولأنَّ البَيِّنَةَ إحْدَى حُجَّتَي الدَّعْوَى ، فيُكْتَفَى بها ، كاليَمِينِ . قال أصْحَابُنا : ولا فَرْقَ بين الحَاضِرِ والغَائِبِ ، والحَىِّ والمَيِّتِ ، والصَّغِيرِ والكَبيرِ ، والمَجْنُونِ والمُكَلَّفِ . وقال الشَّافِعِىُّ : إذا كان المشْهُودُ عليه لا يعبِّرُ عن نَفْسِه ، أُحْلِفَ[١٤] المَشْهُودُ له ، لأنَّه لا يُمْكِنُه أنْ يُعبِّرَ عن نَفْسِه فى دَعْوَى القَضَاءِ والإبْرَاءِ ، فيَقُومُ الحَاكمُ مَقامَه فى ذلك ، لِتَزُولَ الشُّبْهَةُ . وهذا حَسَنٌ ؛ فإنَّ قِيامَ الْبَيِّنَةِ للمُدَّعِى بثُبُوتِ حَقِّه ، لا يَنْفِى احْتِمالَ القَضَاءِ والإبْرَاءِ ، بدَليلِ أنَّ

---

(٩) سقط من : ا .

(١٠) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلى ، كان من آدب أهل المدينة وأفقههم ، توفى سنة بضع عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٥/١٠٣ – ١٠٥ .

(١١) لم يرد فى : الأصل ، ا ، ب .

(١٢) فى أخبار القضاة ، لوكيع ٢/٣١٠ ، أنه قضى باليمين مع الشاهد .

(١٣) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٣٢ .

(١٤) فى ا : « حلف » .

المُدَّعَى عليه لو ادَّعاه ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ وبَيِّنَتُه ، فإذا[15] كان حَاضِرًا مُكَلَّفًا ، فسُكُوتُه عن دَعْوَى ذلك دلِيلٌ على انْتِفَائِه ، فيُكْتفَى بالْبَيِّنَةِ ، وإنْ كان غائِبًا ، أو مِمَّن لا قَوْلَ له ، نُفِيَ احْتِمالُ ذلك من غيرِ دَلِيلٍ يَدُلُّ على انْتِفَائِه ، فتُشْرَعُ اليَمِينُ لنفْيه[16] . وإنْ لم تَكُنْ للمُدَّعِي بَيِّنَةٌ ، وكانتْ[17] للمُنْكِرِ بَيِّنَةٌ ، سُمِعتْ بَيِّنَتُه ، ولم يَحْتَجْ إلى الحَلِفِ مَعها ؛ لأنَّا إنْ قُلْنَا بتَقْدِيمِها مع التَّعارُضِ ، وأنَّه لا يَحْلِفُ معها ، فمع انْفِرَادِها أوْلَى ، وإنْ قُلْنَا بتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ المُدَّعَى عليْه ، فيَجِبُ أنْ يُكْتفَى بها عن اليَمِينِ ؛ لأنَّها أقْوَى من اليَمِينِ ، فإذا اكْتُفِيَ باليَمِينِ ، ففيما[18] هو أقْوَى منها أوْلَى . ويحْتَمِلُ أنْ تُشْرَعَ اليَمِينُ أيضًا ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ هـٰهُنا يحْتَمِلُ أنْ تَكُونَ مُسْتَنَدُها اليَدَ والتَّصرُّفَ ، فلا تُفِيدُ إلَّا ما أفادَتْه اليَدُ والتَّصرُّفُ ، وذلك لا يُغْنِي عن اليَمِينِ ، فكذلك ما قَامَ مقَامَه .

فصل : وإنْ ادَّعَى الخَارِجُ أنَّ الدَّابَّةَ مِلْكُه ، وأنَّه أوْدَعَها للدَّاخِلِ ، أوْ أعَارَه إيَّاها ، أو آجَرَها منه ، ولم يكُنْ لوَاحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه ، ولا نَعْلَمُ فيه
١٣٢/١١و خِلافًا . وإنْ كان لكُلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ؛ فبَيِّنَةُ الخَارِجِ / مُقَدَّمَةٌ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وقال القاضِي : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدَّمَةٌ ، لأنَّه هو الخَارِجُ فى المَعْنَى ، لأنَّه ثَبتَ أنَّ المُدَّعِيَ صَاحِبُ اليَدِ ، وأنَّ يَدَ الدَّاخِلِ نائِبَةٌ عنه . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي » . ولأنَّ اليَمِينَ فى حَقِّ المُدَّعَى عليه ، فتكونُ الْبَيِّنَةُ للمُدَّعِي ، كما لو لم يَدَّعِ الإِيدَاعَ ، يُحَقِّقُه أنَّ دَعْوَاه الإِيدَاعَ زِيَادَةٌ فى حُجَّتِه ، وشهادَةَ البيِّنَةِ بها تَقْوِيَةٌ لها ، فلا يجوزُ أنْ تكونَ مُبْطِلَةً لِبيِّنَتِه . وإن ادَّعى الخارِجُ أنَّ الداخلَ غصَبه إيَّاها ، فأقاما بيِّنتَيْن ، فهى[19] للخَارِجِ ، ويَقْتَضِي قولُ القَاضِي أنَّها للدَّاخِلِ ، والأَوْلَى ما ذَكَرْناه .

فصل : فإنْ كان فى يَدِ رَجُلٍ جِلْدُ شاةٍ مَسْلُوخَةٍ ، ورَأْسُها وسَوَاقِطُها وبَاقِيها فى يَدِ آخَرَ ، فادَّعَاها كلُّ واحِدٍ منهما كلَّها ، ولا بَيِّنَةَ لواحِدٍ منهما ، فلكُلِّ واحِدٍ منهما ما فى يَدِه مع

---

(١٥) فى م : « فإن » .

(١٦) فى ب ، م : « لنفسه » .

(١٧) سقطت الواو من : الأصل ، ا ، م .

(١٨) فى الأصل ، ب ، م : « فيما » .

(١٩) فى ب : « قضى » .

يَمِينِه . وإنْ أقاما بيِّنَتَيْن ، وقُلْنا : تُقدَّمُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ . فلكُلٍّ واحِدٍ منهما ما فى يَدِ صَاحبه ، وإنْ قُلْنَا : تُقدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . فلكُلٍّ واحِدٍ منهما ما فى يَدِه من غيرِ يَمِينٍ .

فصل : فإنْ كان فى يَدِ كُلِّ واحِدٍ منهما شاةٌ ، فادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما أنَّ الشَّاةَ التى فى يَدِ صَاحِبِه له ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، حلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهما لصاحِبِه ، وكانت الشَّاةُ التى فى يَدِه له . وإنْ أقاما بَيِّنَتَيْن ، فلكُلِّ واحِدٍ منهما الشَّاةُ التى فى يَدِ صاحِبِه ، ولا تَعارُضَ بينهما . وإنْ كان كُلُّ واحِدٍ منهما قال : هذه الشَّاةُ التى فى يَدِكَ لى ، من نِتاجِ شَاتِى هذه . فالتَّعارُضُ فى النِّتاجِ ، لا فى المِلْكِ[٢٠] . وإنْ ادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما أن الشَّاتَيْن لى دونَ صاحِبى ، وأقاما بَيِّنَتَيْن ، تَعارَضَتا ، وانْبَنَى ذلك على القَوْلِ فى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخارِجِ ، فمن قدَّمَ بَيِّنَةَ الخارِجِ ، جعلَ لكُلِّ واحِدٍ منهما ما فى يَدِ الآخَرِ ، ومَنْ قدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، أو قدَّمَها إذَا شَهِدَت / بالنِّتاجِ ، جعلَ لكُلِّ واحِدٍ منهما ما فى يَدِه . ١١/١٣٢ظ

فصل : وإذا ادَّعى زَيْدٌ شاةً فى يَدِ عَمرٍو ، وأقامَ بها بَيِّنَةً ، فحَكَمَ له بها حاكمٌ ، ثم ادَّعاها عمرٌو على زيدٍ ، وأقامَ بها بَيِّنَةً ؛ فإنْ قُلْنا : بَيِّنَةُ الخارِجُ مقدَّمةٌ . لم تُسْمَعْ بَيِّنَةُ عمرٍو ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ زيدٍ مُقَدَّمَةٌ عليها . وإنْ قُلْنا : بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ مُقَدَّمَةٌ . نظَرْنا فى الحُكْمِ كيف وقَعَ ؛ فإنْ كان حكم بها لزيدٍ لأنَّ عمْرًا لا بَيِّنَةَ له ، رُدَّتْ إلى عمرٍو ؛ لأنَّه[٢١] قد قامتْ له بَيِّنَةٌ ، واليدُ كانت له ، وإنْ كان[٢٢] حكمَ بها لزيدٍ لأنَّه يرى تَقْديمَ بَيِّنَةِ الخارِجِ ، لم يُنْقَضْ حُكْمُه ؛ لأنَّه[٢١] حَكَمَ بما يسُوغُ الاجْتِهادُ فيه . وإنْ كانت بَيِّنَةُ عمرٍو قد شهِدَتْ له أيضًا ، ورَدَّها الحاكِمُ لِفسْقِها ، ثم عُدِّلَتْ ، لم يُنْقَضِ الحكمُ أيضًا ؛ لأنَّ الفَاسِقَ إذا رُدَّتْ شهادَتُه لِفسْقِه ، ثم أعادَها بعدُ ، لم تُقْبَلْ . وإنْ لم يعْلَمِ الحاكمُ[٢٣] كيف كان ، لم يُنْقَضْ ؛ لأنَّه[٢٤] حُكْمُ حاكِمٍ[٢٥] ، الأَصْلُ جَرَيانُه على العَدْلِ[٢٦] والإنْصافِ والصِّحَّةِ ، فلا

---

(٢٠) فى م زيادة : « إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم » .

(٢١ – ٢١) سقط من : ا . نقل نظر .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى ب ، م : « الحكم » .

(٢٤) فى ب ، م : « لأن » .

(٢٥) فى ب ، م : « الحاكم » .

(٢٦) سقط من : ا .

يُنْقَضْ بالاحْتمالِ . فإنْ جاءَ ثالثٌ ، فادَّعاها ، وأقامَ بها بَيِّنَةً ، فبيِّنتُه وبيِّنةُ زيدٍ مُتعارِضتان ، ولا يحْتاجُ زيدٌ إلى إقامةِ بَيِّنَتِه ؛ لأنَّها قد شَهِدتْ مَرَّةً ، وهما سواءٌ فى الشَّهادَةِ حالَ التَّنازُعِ ، فلم يَحْتَجْ إلى إعادَتِها ، كالبَيِّنَةِ إذا شَهِدتْ ، وَوقَفَ الحكمُ على البَحْثِ عن حالِها ، ثم بانَتْ عدالتُها ، فإنَّها تُقْبَلُ ، ويُحْكَمُ بها[٢٧] من غيرِ إعادَةِ شهادَتِها ، كذا هـٰهُنا .

فصل : وإذا كان فى يَدِ رَجُلٍ شاةٌ ، فادَّعاها رَجُلٌ أنَّها له منذ سنَةٍ ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، وادَّعَى الذى هى فى يدِه أنَّها فى يَدِه[٢٨] منذُ سَنَتَيْن ، وأقامَ بذلك بَيِّنَة ، فهى للمُدَّعِى ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه تَشْهَدُ له بالمِلْكِ ، وبَيِّنَةُ الدَّاخِلِ تشْهَدُ باليَدِ خاصَّةً ، فلا تعارُضَ بينَهما ، لإمْكَانِ الجَمْعِ بيْنَهما ، بأنْ تكونَ اليَدُ عن[٢٩] غيرِ ملكٍ ، فكانت بَيِّنَةُ المِلْكِ أوْلَى . فإنْ شَهِدتْ بَيِّنَةٌ بأنَّها مِلْكُه منذ / سنتيْن ، فقد تعَارَضَ تَرْجيحَان ، تَقدُّمُ التَّاريخِ ١١/١٣٣و
من جِهَةِ[٣٠] بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وكَوْنُ الأُخْرَى بَيِّنَةَ الخارِجِ ، ففيه رِوَايَتان ؛ إحدَاهما ، تُقدَّمُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ . وهو قَوْلُ أبى يوسفَ ، ومحمدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . ويَقْتَضِيه عُمومُ كَلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ لقَوْلِه ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِى » ، ولأنَّ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ يجُوزُ أنْ يكونَ مُسْتَنَدُها اليَدَ ، فلا تُفِيدُ أكثرَ ممَّا تُفِيدُه اليَدُ ، فأشْبهتِ الصُّورَةَ التى قَبْلَها . والثَّانية ، تُقدَّم بَيِّنَة الدَّاخِلِ . وهو قَوْلُ أبى حَنِيفة ، والشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّها تضَمَّنَتْ زِيادَةً . فإنْ كانتْ بالعَكْسِ ، فشَهِدتْ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ أنَّه يَمْلِكُها منْذُ سَنَةٍ ، وشَهِدتْ بَيِّنَةُ الخَارِجِ أنَّه يَمْلِكُها مُنذ سَنَتَيْن ، قُدِّمت بَيِّنَةُ الخَارِجِ ، إلَّا على الرِّوَايَةِ التى تُقَدَّمُ فيها بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ ، فيُخَرَّجُ فيها وَجْهان ؛ بناءً على الرِّوايَتَيْن فى التى قبلَها . وظَاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ على كُلِّ حَالٍ . وقال بعضُهم : فيها قَوْلان . وإن ادَّعَى الخَارِجُ أنَّها مِلْكُه منذُ سَنَةٍ ، وادَّعَى الدَّاخِلُ أنَّه اشْتَرَاها منه منذُ سَنَتَيْن ، وأقام كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً ، قُدِّمتْ بَيِّنَة الدَّاخِلِ . ذكَرَه القاضى . وهو قَوْلُ أبى ثَوْرٍ . فإن اتَّفَقَ تاريخُ البَيِّنَتَيْن[٣١] ، إلَّا أنَّ بَيِّنَة

---

(٢٧) سقط من : م .
(٢٨) فى الأصل ، ا ، ب : « يديه » .
(٢٩) فى م : « على » .
(٣٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٣١) فى م : « السنين » .

الدَّاخِلِ تشْهَدُ بِنتَاجٍ ، أو بشراءٍ ، أو غَنِيمةٍ ، أو إرْثٍ ، أو هِبَةٍ من مالكٍ ، أو قَطِيعَةٍ من الإمَامِ ، أو سَبَبٍ[٣٢] من أسْبَابِ المِلْكِ ، ففى أيِّهما تُقَدَّمُ ؟ رِوَايتان ، ذكَرْنَاهُما . وإن ادَّعَى أحَدُهما أنَّه اشْتَراها من الآخَرِ ، قُضِىَ له بها ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الابْتِياعِ شَهِدَتْ بأمْرٍ حادِثٍ ، خَفِىَ على الْبَيِّنَةِ الأُخْرَى ، فَقُدِّمَتْ عليها ، كتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الجَرْحِ على بَيِّنَةِ[٣٣] التَّعْدِيلِ .

١٩٣٦ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِى أَيْدِيهِمَا ، فَأَقَامَ أحَدُهُما الْبَيِّنَةَ أنَّهَا لَهُ ، وَأَقَامَ الآخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ ، نُتِجَتْ فِى مِلْكِه ، سَقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وَكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا ، وَكَانَتِ الْيَمِينُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فِى النِّصْفِ المَحْكُومِ لَهُ بِهِ)

وجملتُه أنَّه إذا تَنازَعَ رجلانِ فى عَيْنٍ / فى أيْدِيهما ، فادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما أنَّها مِلْكُه دُونَ صَاحِبِه ؛ ولم تكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ، حلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهما لصَاحِبِه ، وجُعِلَتْ بينهما نِصْفَيْن . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ؛ لأنَّ يَدَ كلِّ واحِدٍ منهما على نِصْفِها ، والقَوْلُ قولُ صاحِبِ اليَدِ مع يَمِينِه . وإنْ نَكَلا جَمِيعًا عن اليَمِينِ ، فهى بينهما أيضًا ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما يَسْتَحِقُّ ما فى يَدِ الآخَرِ بنُكُولِه . وإنْ نَكَلَ أحَدُهما ، وحلَفَ الآخَرُ ، قُضِىَ له بجَمِيعِها ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ ما فى يَدِه بيَمِينِه ، وما فى يَدِ صاحِبه ، إمَّا بنُكُولِه ، وإمَّا بيَمِينِه التى رُدَّتْ عليه عندَ نُكُولِ صَاحِبِه . وإنْ كانَتْ لأحَدِهما بَيِّنَةٌ دُونَ الآخَرِ ، حُكِمَ له بها . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً ، وتَسَاوَتَا ، تعارَضَتِ البَيِّنَتَانِ ، وقُسِمَتِ العَيْنُ بينَهما نِصْفَيْن . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ؛ لما رَوَى أبو موسى ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَما إلى رسولِ اللهِ ﷺ فى بعيرٍ ، (١فأَقامَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما شَاهِدَيْن ، فقَضَى رسولُ اللهِ ﷺ ١) بالبَعيرِ بينهما نِصْفَيْن ، رَواه أبو دَاود[٢] . ولأنَّ كُلَّ

---

(٣٢) فى الأصل : « بسبب » .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١ – ١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢) فى : باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب فى من لم تكن له بينة ، من كتاب الأقضية . المجتبى ٨ / ٢١٧ . والبيهقى ، فى : باب المتداعيين يتنازعان ... ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠ / ٢٥٤ .

واحِدٍ منهما دَاخِلٌ فى نِصْفِ العَيْنِ ، خَارِجٌ عن[3] نِصْفِها ، فتُقدَّمُ بَيِّنَةُ كلِّ وَاحِدٍ منهما فيما فى يَدِه عندَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، وفيما فى يَدِ صَاحِبه عندَ مَنْ يُقَدِّمُ بَيِّنَةَ الخَارِجِ ، فيسْتَوِيان على كُلِّ وَاحِدٍ من القَوْلَيْن . وذَكَرَ أبو الخَطَّاب فيها ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّه يُقْرَعُ بينهما ، فمَنْ خرَجَتْ قُرْعَتُه[4] ، حلفَ أنَّها له[5] ، لا حَقَّ للآخَرِ فيها ، وكانتِ العَيْنُ[6] له ، كما لو كَانتْ فى يَدِ غيْرِهما . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ للخَبرِ والمَعْنَى . واخْتلَفَتِ الرِّوَايةِ ، هل يحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على النِّصْفِ المَحْكُوم له به ، أو يكونُ له من غيرِ يَمينٍ ؟ فرُوِىَ أنَّه
١١/١٣٤و يَحْلِفُ ، وهذا[7] الذى[5] ذَكَرَ[8] الْخِرَقِىُّ ؛ لأنَّ البَيِّنَتَيْنِ لمَّا / تَعارَضَتَا من غيرِ ترْجيحٍ ، وجَبَ إسْقَاطُهما[9] ، كالخَبَرَيْنِ إذا تعَارَضَا وتَسَاوَيا ، وإذا سَقَطَا صارَ المُخْتَلِفَان كمَنْ لا بَيِّنَةَ لهما ، ويحْلِفُ كلُّ واحِدٍ منهما على النِّصْفِ المَحْكُومِ له به . وهذا أحَدُ قَوْلَى الشَّافِعِىِّ ؛ بِناءً على أنَّ اليَمِينَ تَجبُ على الدَّاخِلِ مع بَيِّنَتِه ، وكُلُّ واحِدٍ منهما دَاخِلٌ فى نِصْفِها ، فيُحْكَمُ له به ببيِّنَتِه ، ويحْلِفُ معها ، فى أحَدِ القَوْلَيْن . والرِّوَايَةُ الأُخْرَى ، أنَّ العيْنَ تُقْسَمُ بينَهما من غيرِ يَمِينٍ . وهو قَوْلُ مالِكٍ ، وأبى حنيفة ، وأحدُ قَوْلَى الشَّافِعِىِّ . وهو أصَحُّ ؛ للخَبَرِ والمَعْنَى الذى ذَكَرْناه . ولا يَصِحُّ قياسُ هَاتَيْن البَيِّنَتَيْن على الخَبَرَيْن المُتَسَاوِيَيْن ؛ لأنَّ كُلَّ بَيِّنَةٍ رَاجِحَةٌ فى نِصْفِ العَيْن ، على كُلِّ وَاحِدٍ من القَوْلَيْن . وقد ذَكَرْنا أنَّ البَيِّنَةَ الرَّاجِحَةَ يُحْكَمُ بها من غيرِ حَاجَةٍ إلى يَمِينٍ . فأمَّا إنْ شَهِدَتْ إحْدَى الْبَيِّنَتَيْن بأنَّ العَيْنَ لهذا ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى بأنَّها[10] لهذا الآخَرِ ، نُتِجَتْ فى مِلْكِه ، فقد ذَكَرْنَا فى التَّرْجيحِ بهذا رِوَايَتَيْن ؛ إحْداهما ، لا تَرْجُحُ به[11] . وهو اخْتِيارُ الْخِرَقِىِّ ؛

---

(٣) فى الأصل ، ا : « فى » .
(٤) فى ب : « له القرعة » .
(٥) سقط من : ا ، ب ، م .
(٦) فى م : « اليمين » .
(٧) فى ا : « وهو » .
(٨) فى م : « ذكره » .
(٩) فى م : « إسقاطها » .
(١٠) فى م : « أنها » .
(١١) فى الأصل : « ترجيح » .

لأنَّهما تَساوَيا فيما يَرْجع إلى المُخْتلَف فيه ، وهو مِلْكُ العَيْنِ الآن ، فوجَبَ تَساوِيهما فى الحُكْمِ . والثَّانية ، تُقَدَّمُ بيِّنةُ النِّتاجِ وما فى مَعْنَاه . وهو مَذهبُ أبى حَنِيفة ؛ لأنَّها تتضَمَّنُ زِيادَة علْمٍ ، وهو معْرِفةُ السَّبَبِ ، والأُخْرَى خَفِىَ عليها ذلك ، فيَحْتَمِلُ أنْ تكونَ شهادَتُهما مُسْتَنِدَةً إلى مُجَرَّدِ اليَدِ والتَّصرُّفِ ، فتُقَدَّمُ الأُولَى عليها ، كتَقْديمِ[12] بَيِّنَةِ الجَرْحِ على التَّعْدِيلِ . وهذا قَوْلُ القاضى فيما إذا كانَتِ العَيْنُ فى يَدِ غيرِهما .

فصل : فإنْ شهِدَتْ[13] إحدَاهما أنَّها له منذُ سَنَةٍ ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى أنَّها له منذُ سَنَتَيْن ، فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ التَّسْوِيةُ بينهما ، وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ . وقال القاضى : قِياسُ المذهبِ تَقْديمُ / أقْدَمِهما تاريخًا . وهو قَوْلُ أبى حنيفة ، والقَوْلُ الثَّانِى للشَّافِعِىِّ ، ١١/١٣٤ظ
لأنَّ المُتَقَدِّمة التاريخ ، أثْبَتَتِ المِلْكَ له فى وَقْتٍ لم تُعارِضْه فيه[14] البيِّنَةُ الأُخْرَى ، فيَثْبُتُ المِلْكُ فيه ، ولهذا له المُطالَبةُ بالنَّماءِ فى ذلك الزَّمانِ ، وتعارَضَتِ البَيِّنَتان فى المِلْكِ فى الحالِ ، فسَقَطَتَا ، وبَقِىَ مِلْكُ السَّابقِ تجبُ اسْتِدَامَتُه ، وأنْ لا يثْبُتَ لغيرِه مِلْكٌ ، إلَّا من جِهَتِه . وَوْجُه قَوْلِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّ الشَّاهِدَ بالمِلْكِ الحادِثِ أحَقُّ بالتَّرجيح ؛ لجوازِ أنْ يَعْلَمَ به[14] دُونَ الأَوَّلِ ، ولهذا لو ذَكَرَ أنَّه اشْتَراه من الآخَرِ ، أو وَهَبَه له ، لَقُدِّمت بَيِّنَتُه اتِّفاقًا ، فإذا لم تَرَجَّحْ بهذا ، فلا أقَلَّ من التَّساوِى . وقولُهم : إنَّه يثْبُتُ المِلْكُ فى الزَّمَنِ الماضِى من غيرِ مُعارَضَةٍ . قُلْنا : إنَّما يثْبُتُ تَبَعًا لثُبُوتِه فى الحَالِ ، ولو انْفَرَدَ بأن يَدَّعِىَ المِلْكَ فى الماضِى ، لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ ولا بَيِّنَتُه ، فإنْ وُقِّتَتْ إحْدَاهُما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، فهما سَوَاءٌ . ذَكَره القاضِى . وقال أبو الخَطَّاب : يَحْتَمِلُ أنْ يُحْكَمَ به لمَنْ لم يُوَقِّتْ . وهو قَوْلُ أبى يوسفَ ، ومحمدٍ . ولَنا ، أنَّه ليس فى إحْدَاهما ما يَقْتَضِى التَّرجيحَ من تَقَدُّمِ المِلْكِ ولا غيرِه ، فوَجَبَ اسْتِواؤُهما ، كما لو أُطْلِقَتا ، أو اسْتَوى تَارِيخُهما .

فصل : ولا تَرْجُحُ إحْدَى البَيِّنَتَيْنِ بكَثْرَةِ العَدَدِ ، ولا اشْتهارِ العَدالِةِ . وبهذا قال أبو

---

(١٢) فى ا ، ب ، م : « كتقدم » .

(١٣) فى م : « شهد » .

(١٤) سقط من : ب .

حنيفة ، والشَّافِعِىُّ . ويتخَرَّجُ أنْ تَرْجُحَ بذلك ، مَأْخُوذًا من قَوْلِ الْخِرَقِىِّ : ويَتْبَعُ الأعْمَى أوْثَقَهُما فى نَفْسِه . وهذا قَوْلُ مَالِك ؛ لأنَّ أحدَ الخَبَرَيْن يَرْجُحُ بذلك ، فكذلك الشَّهادَةُ ، لأنَّها خبرٌ ، ولأنَّ الشَّهادَةَ إنَّما اعْتُبِرَتْ لغَلَبَةِ الظَّنِّ بالمَشْهُودِ به ، وإذا كَثُرَ العَدَدُ أو قَوِيَتِ العدالةُ ، كان الظَّنُّ[15] به أقْوَى . وقال الأوْزَاعِىُّ : يُقْسَمُ على عَدَدِ الشُّهُودِ ، فإذا شهد لأحدِهما[16] شاهِدَان ، وللآخرِ[17] أرْبَعةٌ ، قُسِمَتِ العَيْنُ بينهما أثْلاثًا ؛ لأنَّ الشَّهادَةَ سَبَبُ الاسْتِحْقَاقِ ، فيُوزَّعُ الحَقُّ عليها . ولَنا ، أنَّ الشَّهادَةَ

١١/١٣٥و مقدَّرَةٌ ، / بالشَّرْعِ ، فلا تختَلِفُ بالزِّيَادَة ، كالدِّيَةِ ، وتُخالِفُ الخبرَ ، فإنَّه مُجْتَهَدٌ فى قَبُولِ خبرِ الواحِدِ دون العَدَدِ ، فرَجَحَ بالزِّيَادَةِ . والشَّهادةُ يُتَّفَقُ فيها على خَبرِ الاثْنَيْن ، فصارَ الحُكْمُ مُتَعَلِّقًا بهما[18] دون اعْتِبارِ الظَّنِّ، ألَا ترى أنَّه لو شَهِدَ النِّساءُ مُنفرِدَاتٍ ، لا تُقْبَلُ شهادتُهُنَّ ، وإنْ كَثُرْنَ حتى صارَ الظَّنُّ بشهادَتِهِنَّ أغْلبَ من شهادةِ الذَّكَرَيْن .

وعلى هذا لا تَرْجُحُ شهادةُ الرجلَيْن على شهادةِ الرَّجُلِ والمَرْأتَيْن فى المالِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ من البَيِّنَتَيْن حُجَّةٌ فى المَالِ ، فإذا اجْتمَعَتا تَعارَضَتا ، فأمَّا إنْ كان لأحدِهما شاهِدَان وللآخرِ شَاهِدٌ ، فبذَلَ يَمِينَه معه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يتَعارضان ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما حُجَّةٌ بمُفْرَدِه ، فأشْبَها الرجلَيْنِ مع الرجلِ والمَرْأتين . والثَّانى ، يُقَدَّمُ الشَّاهِدَان ، لأنَّهما حُجَّةٌ متَّفَقٌ عليها ، والشَّاهِدُ واليَمِينُ مُخْتلَفٌ فيها[19] ، ولأنَّ اليمينَ قَوْلُه لنفسِه ، والْبَيِّنَةَ الكامِلَةَ شهادةُ الأجْنَبِيَّيْن ، فيجبُ تَقْدِيمُها ، كتقدِيمها على يَمِينِ المُنْكِرِ ، وهذا الوَجْهُ أصَحُّ ، إنْ شاءَ اللهُ . وللشَّافِعِىِّ قَوْلَان ، كالوَجْهَيْن .

فصل : وإذا كان فى أيْدِيهما دَارٌ ، فادَّعَاها أحَدُهما كُلَّها ، وادَّعَى الآخَرُ نِصْفَها ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، فهى بينَهما نِصْفَيْن . نَصَّ عليه أحمدُ . وعلى مُدَّعِى النِّصْفِ اليَمينُ لصَاحِبِه ، ولا يَمِينَ على الآخَرِ ؛ لأنَّ النِّصْفَ المَحْكُومَ له به لا مُنازِعَ له فيه . ولا أعْلَمُ[20] فى هذا

---

(١٥) سقط من : الأصل ، ا .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى م : « والآخر » .

(١٨) فى الأصل : « بها » .

(١٩) فى م : « فيهما » .

(٢٠) فى م : « نعلم » .

خِلافًا . إلَّا أنَّه حُكِيَ عن ابن شُبْرُمَةَ ، أنَّ لِمُدَّعِي[21] الكُلِّ ثلاثةَ أرْبَاعِها ، لأنَّ النِّصْفَ له لا يُنازَعُ[22] فيه ، والنِّصْفُ الآخَرَ يُقْسَمُ بينهما على حَسَبِ دَعْوَاهما فيه . ولَنا ، أنَّ يَدَ مُدَّعِي النِّصْفِ على ما يَدَّعِيه ، فكان القَوْلُ قَوْلَه فيه مع يَمِينِه ، كسَائِرِ الدَّعاوى . فإنْ كان لكلِّ وَاحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ بما يَدَّعِيه ، فقد تَعارضتْ بَيِّنَتاهما [23]في النِّصْفِ ، فيكونُ النِّصْفُ[23] / لِمُدَّعِي الكُلِّ ، والنِّصْفُ الآخَرُ يَنْبَنِي على الخلاف في أيِّ البَيِّنَتَيْن تُقَدَّمُ ، ١١/١٣٥ظ
وظَاهِرُ المذهبِ تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ المُدَّعِي ، فتكونُ الدَّارُ كُلُّها لِمُدَّعِي الكُلِّ . وهو قَوْلُ أبي حنيفة ، وصَاحِبَيْه . فإنْ كانَتِ الدَّارُ في يَدِ ثالِثٍ لا يَدَّعِيها ، فالنِّصْفُ لصاحِبِ الكُلِّ ، لا مُنازِعَ له فيه ، ويُقْرَعُ بينهما في النِّصْفِ الآخرِ ، فمَنْ خرجتْ له القُرْعَةُ ، حلَفَ ، وكان له . وإنْ كان لكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ ، تعارَضتا وسَقَطَتا ، وصارا كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . وإنْ قُلْنا : تُسْتَعْمَلُ البَيِّنَتان . أُقْرِعَ بينهما ، وقُدِّمَ مَنْ تقعُ له القُرْعَةُ ، في أحدِ الوَجْهَيْن . والثاني ، يُقْسَمُ النِّصْفُ [24]المُخْتَلَفُ فيه[24] بينَهما ، فيصِيرُ لِمُدَّعِي الكُلِّ ثلاثةُ أرْباعِها .

فصل : فإنْ كانت دارٌ[25] في يَدِ ثلاثةٍ ، ادَّعَى أحدُهم[26] نِصْفَها ، وادَّعَى الآخَرُ ثُلُثَها ، وادَّعَى الآخَرُ سُدُسَها ، فهذا اتِّفَاقٌ منهم على كَيْفِيَّة مِلْكِهم ، وليس ههُنا اخْتِلافٌ ولا تَجاحُدٌ ، فإن ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ منهم أنَّ بَاقِيَ الدَّارِ وَدِيعَةٌ ، أو عَارِيَّةٌ معى ، وكانت لِكُلِّ وَاحِدٍ منهم بما ادَّعَاه من المِلْكِ بَيِّنَةٌ ، قُضِيَ له به ؛ لأنَّ بَيِّنَتَهُ تَشْهَدُ له بما ادَّعَاه ، ولا مُعارِضَ لها ، وإنْ لم تَكُنْ لوَاحِدٍ منهم[27] بَيِّنَةٌ ، حلفَ كُلُّ واحِدٍ منهم ، وأُقِرَّ في يَدِه ثُلُثُها .

فصل : فإن ادَّعَى أحدُهم جَمِيعَها ، والآخَرُ[28] نِصْفَها ، والآخَرُ ثُلُثَها ، فإنْ لم تَكُنْ

---

(٢١) في م : « المدعى » .
(٢٢) في ب ، م : « منازع » .
(٢٣ – ٢٣) في م : « فالنصف » .
(٢٤ – ٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٢٥) في ب ، م : « الدار » .
(٢٦) سقط من : ا .
(٢٧) في الأصل ، ب ، م : « منهما » .
(٢٨) في م : « وادعى الآخر » .

لِوَاحِدٍ منهم بَيِّنةٌ ، قُسِمَتْ بينهم أثْلاثًا ، وعلى كُلِّ واحِدٍ منهم اليَمِينُ على ما حُكِمَ له به ؛ لأنَّ يَدَ كلٍّ واحِدٍ منهم على ثُلثِها . وإنْ كانت لأحَدِهم بَيِّنَةٌ ، نظَرْتَ ؛ فإنْ كانتْ لِمُدَّعِي الجَمِيع ، فهي له ، وإنْ كانت لِمُدَّعِي النِّصْفِ ، أخذَه ، والبَاقِي بينَ الآخَرَيْن نِصْفَيْن ، لِمُدَّعِي الكلِّ السُّدسُ بغيرِ يَمِينٍ ، ويَحْلِفُ على نِصْفِ السُّدسِ ، ويحْلِفُ الآخَرُ على الرُّبعِ الذي يأخُذُه[٢٩] جميعُه . فإنْ كانتِ البَيِّنَةُ لِمُدَّعِي الثُّلثِ ، أخذَه ، والبَاقِي بين / ١٣٦/١١ و الآخَرَين ، لِمُدَّعِي الكلِّ السُّدسُ بغيْر يَمِينٍ ، [٣٠]ويَحْلِفُ على السُّدسِ الآخَرِ[٣٠] ، ويحْلِفُ[٣١] الآخَرُ على جَمِيعِ ما يأخُذُه . وإنْ كانتْ لكلِّ واحِدٍ بما يَدَّعِيه بَيِّنَةٌ ، فإنْ قُلْنا : تُقدَّمُ بَيِّنةُ صاحِبِ اليَدِ . قُسِمَتْ بينهم أثْلاثًا ؛ لأنَّ يَدَ كُلِّ وَاحِدٍ منهم على الثُّلثِ . وإنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ . فيَنْبَغِي أنْ تَسْقُطَ بيِّنَةُ صاحِبِ الثُّلثِ ؛ لأنَّها دَاخِلَةٌ ، ولِمُدَّعِي النِّصْفِ السُّدسُ ؛ لأنَّ بَيِّنَتَه خارِجةٌ فيه ، ولِمُدَّعِي الكلِّ خَمْسَةُ أسْداسٍ ؛ لأنَّ له السُّدسَ بغيرِ بَيِّنَةٍ ؛ لكَوْنِه لا مُنازِعَ له فيه ، فإنَّ أحدًا لا يَدَّعِيه ، وله الثُّلثان ؛ لكَوْنِ بَيِّنَتِه خارِجَةً عنهما[٣٢] . وقيل : بل لِمُدَّعِي الثُّلثِ السُّدسُ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ مُدَّعِي الكلِّ ومُدَّعِي النِّصْفِ تَعارَضَتَا فيه ، فتَسَاقَطَتَا ، وبَقِيَ لمَنْ هو فى يَدِه ، ولا شيءَ لِمُدَّعِي النِّصْفِ ؛ لعَدَمِ ذلك فيه ، وسَواءٌ كان لِمُدَّعِي الثُّلثِ بَيِّنَةٌ ، أو لم تَكُنْ . وإنْ كانتِ العَيْنُ فى يَدِ غيرِهم ، واعْتَرَفَ أنَّه لا يَمْلِكُها ، ولا بَيِّنَةَ لهم ، فالنِّصْفُ لِمُدَّعِي الكُلِّ ؛ لأنَّه ليس منهم مَنْ يَدَّعِيه ، ويُقْرَعُ بينهم فى النِّصْفِ البَاقِي ، فإنْ خَرَجَتِ القُرْعةُ لصاحِبِ الكُلِّ ، أو لِصَاحِبِ النِّصْفِ ، حلَفَ وأخذَه ، وإنْ خَرَجَتْ لصَاحِبِ الثُّلُثِ ، حلَفَ وأخذَ الثلُثَ ، ثم يُقْرَعُ بين الآخَرَين فى السُّدسِ ، فمَنْ قَرَعَ صَاحبَه ، حَلَفَ وأخَذَه . وإنْ أقام كُلُّ وَاحِدٍ منهم بَيِّنَةً بما ادَّعَاه ، فالنِّصْفُ لِمدَّعِي الكُلِّ ؛ لما ذَكَرْنا ، والسُّدسُ الزَّائِدُ ، يتَنازَعه مُدَّعِي الكُلِّ ومُدَّعِي النِّصْفِ ، والثُّلثُ يَدَّعِيه الثَّلاثَةُ ، وقد تَعارَضَتِ البَيِّنَاتُ فيه ، فإنْ قُلْنا : تَسْقُطُ البَيِّنَاتُ . أقْرَعْنَا بيْن المُتَنَازِعِين فيما تَنازَعُوا فيه ، فمَنْ قرَعَ صاحِبَه ، حَلَفَ وأخَذَه ، ويكونُ الحُكْمُ فيه كما لو لم تَكُنْ لهم بَيِّنَةٌ . وهذا قَوْلُ أبي عُبَيْد ، وقَوْلُ الشَّافِعِيِّ إذْ

(٢٩) فى الأصل ، ب : « أخذه » .

(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى الأصل زيادة : « عليه » .

(٣٢) فى الأصل : « عنها » .

كان بالعِراقِ . وعلى الرِّوايَة التى تقولُ : إذا / تَعارَضَتِ البَيِّناتُ ، قُسِمَتِ العَيْنُ بين ١١/١٣٦ظ
المُتَداعِين . فلِمُدَّعِى الكُلِّ النِّصْفُ ونِصْفُ السُّدسِ الزَّائِد عن الثُّلثِ وثُلثُ الثُّلثِ ، ولمُدَّعِى النِّصْف نِصْفُ السُّدسِ وثُلثُ الثُّلثِ ، ولمُدَّعِى الثُّلثِ ثُلثُه وهو التُّسْعُ ، فتُخَرَّجُ المَسْأَلة من سِتَّةٍ وثَلاثِين سَهْمًا ؛ لِمُدَّعِى الكُلّ النِّصْفُ ثَمانيةَ عشرَ سَهْمًا[٣٣] ، ونِصْفُ السُّدسِ ثلاثةٌ ، والتُّسْعُ أربَعةٌ ، فذلك خَمْسَةٌ وعِشْرُون سَهْمًا ، ولصاحِبِ النِّصْفِ سَبْعَةٌ ، ولِمُدَّعِى الثُّلث أربعةٌ وهو التُّسْعُ . وهذا قِياسُ قَوْلِ قَتادةَ ، والحَارِثِ العُكْلِىِّ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وحَمَّادٍ ، وأبى حنيفة . وهو قَوْلٌ للشَّافِعِىِّ . وقال أبو ثَوْر : يأْخُذُ مُدَّعِى الكُلِّ النِّصْفَ ، ويُوقَفُ الباقِى حتى يَتَبَيَّن . ويُرْوَى هذا عن مَالِكٍ . وهو قَوْلٌ للشَّافِعِىِّ . وقال ابن أبى ليلى ، وقَوْمٌ من أهْلِ العراقِ : تُقْسَمُ العَيْنُ بينهم على حَسَبِ عَوْلِ الفَرائِضِ ، لصاحِبِ الكُلِّ سِتَّةٌ ، ولصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثة ، ولصاحِبِ الثُّلثِ سَهْمَان ، فتَصِحُّ من أحدَ عشرَ سَهْمًا . وسُئِلَ سَهْل بن عبد الله بنِ أبى أُوَيْسٍ[٣٤] عن ثلاثةٍ ادَّعَوا كِيسًا وهو بأيْدِيهم ، ولا بَيِّنَةَ لهم ، وحَلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهم على ما ادَّعَاه ؛ ادَّعَى أحدُهم جَمِيعَه ، وادَّعَى آخَرُ ثُلثَيْه ، وادَّعَى آخَرُ نِصْفَه ؟ فأجابَ فيها[٣٥] بشِعْرٍ[٣٦] :

نظرتُ أبا يَعْقوبَ فى الحِسَبِ التى ... طَرَتْ فأقامَتْ منهمُ كُلَّ قاعِدِ
فلِلْمُدَّعِى الثُّلْثَيْنِ ثُلْثٌ ولِلَّذى ... اسْتَلاطَ جَمِيعَ المَالِ عند التَّحاشُدِ
من المَالِ نِصْفٌ غَيْرَ ما سَيَنُوبُهُ ... وحِصَّتُه من نِصْفِ ذا المالِ زائِدِ
ولِلْمُدَّعِى نِصْفًا من المالِ رُبْعُه ... ويُؤْخَذُ نِصْفُ السُّدْسِ من كُلِّ وَاحِدِ

وهذا قَوْلُ مَنْ قَسَمَ المَالَ بينهم على حسَبِ العَوْلِ ، فكأنَّ المسْألَة عالَتْ[٣٧] من سِتَّةٍ[٣٧] إلى ثَلاثةَ عَشَرَ ؛ وذلك أنَّه أخَذَ مَخارِجَ[٣٨] الكُسُورِ ، وهى سِتَّةٌ ، فجعلها لِمُدَّعِى الكُلِّ ، وثُلثاها أرْبَعةٌ لِمُدَّعِى الثُّلثَيْن ، ونِصْفُها ثلاثةٌ ، لِمُدَّعِى النِّصْفِ ، صارتْ ثَلاثةَ عَشرَ .

---

(٣٣) سقط من : ا .
(٣٤) فى ب ، م : « أوس » . وفى الشرح الكبير ٣٢٢/٦ : « بن أويس » .
(٣٥) فى ب ، م : « فيهم » .
(٣٦) فى م زيادة : « يقول » .
(٣٧–٣٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٣٨) فى م : « مخرج » .

١١/١٣٧و **فصل** : / فإنْ كانَتِ الدَّارُ فى أَيْدى[٣٩] أربعةٍ ، فادَّعَى أحدُهم جميعَها ، والثَّانِى
ثُلثَيْها ، والثَّالثُ نِصفَها ، والرَّابعُ ثُلثَها ، ولا بَيِّنَةَ لهم ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ وله رُبْعُها ؛
لأنَّه[٤٠] فى يَدِه ، والقَوْلُ قَوْلُ صاحِبِ اليَدِ مع يَمِينه . وإنْ أقامَ كُلُّ وَاحِدٍ منهم بما ادَّعاهُ
بَيِّنَةً ، قُسِمتْ بينهم أرْباعًا أيضًا ؛ لأنَّنا إنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ . فكُلُّ وَاحِدٍ منهم
دَاخِلٌ فى رُبْعِها ، فتُقَدَّم بَيِّنَتُه فيه . وإنْ قُلْنَا : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ . فإنَّ الرَّجُلَيْنِ إذا ادَّعَيا
عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما ، فأنْكَرَهما ، وأقامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بدَعْوَاهُ ، تعَارَضَتَا ، وأُقِرَّ الشىءُ
فى يَدِ مَنْ هو فى يَدِه . وإنْ كانَتِ الدَّارُ فى يَدِ خامسٍ لا يدَّعِيها ، ولا بَيِّنَةَ لواحِدٍ منهم بما
ادَّعاهُ ، فالثُّلثُ لِمُدَّعِى الكُلِّ ؛ لأنَّ أحَدًا لا يُنازِعُه فيه ، ويُقْرَعُ بينهم فى الباقِى ، فإنْ
خَرَجَتِ القُرْعَةُ لصاحِبِ الكُلِّ ، أو لِمُدَّعِى الثُّلثَيْنِ ، أخَذَه ، وإنْ وَقَعَتْ لِمُدَّعِى
النِّصْفِ ، أخَذَه ، وأُقْرِعَ بينَ الباقِين فى الباقِى ، وإن وَقَعَتْ لصاحِبِ الثُّلثِ ، أخَذَه ، وأُقْرِعَ
بين الثَّلاثَة فى الثُّلثِ الباقى . وهذا قَوْلُ أبى عُبَيْد ، والشَّافِعِىِّ إذْ كان بالعراق ، إلَّا أنَّهم عَبَّروا
عنه بعبارَةٍ أُخْرَى ، فقالوا : لِمُدَّعِى الكُلِّ الثُّلثُ ، ويُقْرَع بينَه وبينَ مُدَّعِى الثُّلثَيْنِ فى
السُّدسِ الزَّائِدِ عن النِّصْفِ ، ثم يُقْرَعُ بينهما وبينَ مُدَّعِى النِّصْف فى السُّدسِ الزَّائِدِ عن
الثُّلثِ ، ثم يُقْرَعُ بين الأربعةِ فى الثُّلثِ الباقِى ، ويكونُ الإقْرَاعُ فى ثلاثةِ مواضِعَ . وعلى
الرِّوَايةِ الأُخْرَى ، الثُّلثُ لِمُدَّعِى الكُلِّ ، ويُقْسَمُ السُّدسُ الزَّائِدُ عن النِّصْفِ بيْنَه وبينَ
مُدَّعى الثُّلثَيْن ، ثم يُقْسَمُ السُّدسُ الزَّائِدُ عن الثُّلثِ بينهما وبينَ مُدَّعِى النِّصْفِ أثْلاثًا ، ثم
يُقْسَمُ الثُّلثُ البَاقِى بين الأربعةِ أرْباعًا ، وتَصِحُّ المَسْأَلَة من سِتَّةٍ وثلاثِين سَهْمًا ، لصاحِبِ
الكُلِّ ثُلثُها اثْنا عشرَ ، ونِصْفُ السُّدسِ الزَّائِدِ عن[٤١] النِّصْفِ ثَلاثَةٌ ، وثُلثُ السُّدسِ
١١/١٣٧ظ الزَّائِدِ عن الثُّلثِ / سَهْمَان ، ورُبعُ الثُّلثِ الباقِى ثلاثةٌ ، فيحْصُلُ له عشرون سَهْمًا ، وهى
خمسةُ أتْساعِ الدَّارِ . ولِمُدَّعِى الثُّلثَيْن ثَمانيةُ أسْهُمٍ ، تُسْعان وهى مثلُ ما لِمُدَّعِى الكلِّ
بعد الثُّلثِ الذى انْفَرَد به ، ولِمُدَّعِى النِّصْفِ خمسةُ أسْهُمٍ ، تُسْعٌ ورُبْعُ تُسْعٍ ، ولِمُدَّعِى
الثُّلثِ ثلاثةٌ ، نِصْفُ سُدسٍ[٤٢] . وعلى قَوْلِ مَنْ قَسَمَها على العَوْلِ ، هى من خمسة

---

(٣٩) فى ا : « يدى » .
(٤٠) فى م : « لأنها » .
(٤١) فى ب ، م : « على » .
(٤٢) فى ب ، م : « السدس » .

عشرَ ، لصاحِبِ الكُلِّ سِتَّةٌ ، ولصَاحِبِ الثُّلثَيْنِ أربعةٌ ، (٤٣ ولصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةٌ ٤٣) ، ولصاحِبِ الثُّلثِ سَهْمَان . وعلى قَوْلِ أبى ثَوْرٍ ، لصاحِبِ الكُلِّ الثُّلثُ ، ويُوقَفُ البَاقِى (٤٤ حتّى يَتَبيَّنَ ٤٤) .

١٩٣٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ كَانَتِ الدَّابَّةُ فِى يَدِ غَيْرِهِمَا ، وَاعْتَرَفَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا ، وَأَنَّهَا لِأَحَدِهِمَا لَا يَعْرِفُهُ عَيْنًا ، قُرِعَ[١] بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ ، وَسُلِّمَتْ إِلَيْهِ**)

وجملتُه أنَّ الرَّجُلَيْنِ إذَا تَدَاعَيا عَيْنًا فى يَدِ غيْرِهما ، ولا بَيِّنَةَ لَهما ، فأنْكَرَهما ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، بغيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه[٢] . وإنْ اعْتَرَفَ أنَّه لا يَمْلِكُها ، وقال : لا أَعْرِفُ صَاحِبَها . أو قال : هى لأَحَدِكُما ، لا أعْرِفُه عَيْنًا . قُرِعَ[٣] بينهما ، فمَنْ قَرَعَ صَاحِبَه ، حَلَفَ أنَّها له ، وسُلِّمَتْ إليه ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَة ، أنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَيا عَيْنًا ، لم تكُنْ لوَاحِدٍ منهُما بَيِّنَةٌ ، فأمَرَهُما النَّبِىُّ ﷺ أنْ يَسْتَهِمَا على اليَمِين ، أحَبَّا أم كَرِهَا . رَوَاه أبو دَاود[٤] . ولأنَّهما تَسَاوَيا فى الدَّعْوَى ، ولا بَيِّنَةَ لوَاحِدٍ منهما ولا يَدٌ ، والقُرْعَةُ تُمَيِّزُ عند التَّسَاوِى ، كما لو أعْتَقَ عَبِيدًا لا مالَ له غيرُهم ، فى مَرَضِ مَوْتِه . وأمَّا إنْ كانت لأَحَدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له[٥] بها ، بغيْرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإنْ كانَتْ لكُلِّ وَاحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، ففِيه رِوَايَتَان ، ذكَرَهُما أبو الخَطَّاب ؛ إحْدَاهما ، تَسْقُطُ البَيِّنَتَان ، ويَقْتَرِعُ المُدَّعِيَان على اليَمِينِ ، كما لو لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ . وهذا الذى ذَكَرَه القاضى . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه

(٤٣ – ٤٣) سقط من : الأصل .

(٤٤ – ٤٤) سقط من : الأصل ، ا .

(١) فى ا : « أقرع » .

(٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣) فى م : « أقرع » .

(٤) فى : باب الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢ / ٢٧٩ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة ، وباب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٨٠ ، ٧٨٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٨٩ ، ٥٢٤ .

(٥) سقط من : ب ، م .

١٣٨/١١و ذَكَرَ / القُرْعَة ، ولم يُفَرِّق بين أن تكُونَ معهما بيِّنَةٌ أو لم تَكُنْ . ورُوِىَ هذا عن ابنِ عمرَ ، وابنِ الزُّبَيْر[٦] . وبه قال إسْحَاق ، وأبو عُبَيْد . وهو رِوَايَةٌ عن مَالِك ، وقديم قولِ الشَّافِعِىِّ . وذلك لما رَوَى ابنُ المُسَيَّب ، أنَّ رَجُلَيْن اخْتَصَمَا إلى رسولِ الله ﷺ ، فى أمْرٍ ، وجَاءَ كُلُّ واحِدٍ[٧] منهُما بشُهُودٍ عُدُولٍ ، على عِدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فأسْهَمَ النَّبِىُّ ﷺ بيْنَهُما . روَاه الشَّافِعِىُّ ، فى « مُسْنَدِه »[٨] . ولأنَّ البَيِّنَتَيْن حُجَّتَانِ تَعَارَضَتَا ، من غَيْرِ تَرْجِيحٍ لإِحْدَاهما على الأُخْرَى ، فسَقَطَتَا ، كالخَبَرَيْن . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُسْتَعْمَلُ البيِّنَتان . وفى كَيْفِيَّة استعمالِهما رِوَايَتَان ؛ إحْداهما ، تُقْسَمُ العَيْنُ بينهما . وهو قَوْلُ الحارث العُكْلِىِّ ، وقَتادَةَ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وحمَّادٍ ، وأبى حنيفة ، وقَوْلٌ للشَّافِعِىِّ ؛ لما رَوَى أبو موسى ، أنَّ رَجُلَيْن اخْتَصَمَا إلى رسولِ الله ﷺ فى بَعِيرٍ ، وأقامَ كُلُّ وَاحِدٍ منْهُما الْبَيِّنَةَ أنَّه له ؛ فقضَى رَسولُ الله ﷺ به بينهما نِصْفَيْن[٩] . ولأنَّهما تَسَاوَيا فى دَعْوَاهُ ، فيَتَساوَيَان فى قِسْمَتِه . والرِّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُقَدَّمُ إحْداهما بالقُرْعَةِ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ . وله قَوْلٌ رابعٌ ، يُوقَفُ الأمْرُ حتى يتبيَّنَ . وهو قَوْلُ أبى ثَوْر ؛ لأنَّه اشْتَبَهَ الأمْرُ ، فوَجَبَ التَّوَقُّف[١٠] ، كالحَاكِمِ إذا لم يَتَّضِحْ له الحُكْمُ فى قَضِيَّتِه . ولَنا ، الخَبَران ، وأنَّ تَعارُضَ الحُجَّتَيْن لا يُوجِبُ التَّوَقُّفَ[١٠] ، كالخَبَرين ، بل إذا تَعذَّرَ التَّرجِيحُ ، أسْقَطْنَاهُما ، ورَجَعْنَا إلى دَلِيلِ غيرِهما . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّنا إذا قُلْنَا : إنَّ البَيِّنَتَيْن تسْقُطانِ . أُقْرِعَ بينهما ، فَمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ[١١] ، حلَفَ ، وأخَذَها ، كما لو لم تكُنْ لهما بَيِّنَةٌ . وإنْ قُلْنَا : يُعْمَلُ بالبَيِّنَتَيْن ، ويُقْرَعُ بينهما ، فمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، أخَذَهَا من غيرِ يَمِينٍ . وهذا قَوْلُ
١٣٨/١١ظ الشَّافِعِىِّ[١٢] ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ تُغْنِى عن اليَمِينِ . وقال أبو الخَطَّاب : عليه اليَمِينُ مع البَيِّنَةِ ، /

---

(٦) انظر : ما أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى البينتين إذا استوتا ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٣٩٧ .

(٧) سقط من : م .

(٨) وأخرجه البيهقى ، فى : باب المتداعيين يتداعيان ... ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/٢٥٩ . ولم نجده فى ترتيب المسند .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : صفحة ٢٨٥ .

(١٠) فى ا : « التوقيف » .

(١١) فى ا ، م : « قرعته » .

(١٢) فى ا : « للشافعى » .

تَرْجيحًا لها . وعلى هذا القَوْلِ تكونُ هذه الرِّوَايَةُ كالأُولَى فى هذا الحُكْمِ ، وإنَّما يَظْهَرُ الفَرْقُ[١٣] بيْنَهُما فى شيءٍ آخَرَ ، سنذكُرُه ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فإنْ أنْكَرَها مَن العَيْنُ فى يَدِه ، وكانت لأحَدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً ، فإنْ قُلْنا : تُسْتَعْمَلُ البَيِّنَتان . أُخِذَتِ العَيْنُ مِن يَدِه ، وقُسِمَتْ بينهما ، على قَوْلِ مَنْ يرَى القِسْمَةَ ، أو تُدْفعُ إلى مَنْ تَخْرُجُ له القُرْعَةُ ، على قَوْلِ مَن يَرى ذلك . وإن قُلْنا : تسْقُطُ البَيِّنتان ، حَلَفَ صاحِبُ اليَدِ ، وأُقِرَّتْ فى يَدِه ، كما لو لم تكُنْ لهما بَيِّنَةٌ . وإنْ أقرَّ بها بعدَ ذلك لهما ، أو لأحَدِهما ، قُبِلَ إقْرارُه . وإنْ أقرَّ بها فى الابْتِدَاءِ لأحَدِهما ، صارَ المُقَرُّ له صاحِبَ اليَدِ ؛ لأنَّ مَنْ هى فى يَدِه مُقِرٌّ بأنَّ يدَه نائبَةٌ عن يَدِه . وإنْ أقرَّ لهما جميعًا ، فاليَدُ لكُلِّ واحِدٍ منهما ، فى الجُزْءِ الذى أقَرَّ له به ؛ لذلك .

فصل : وإنْ تَداعَيا عيْنًا فى يَدِ غيرِهما ، فقال : هى لأحدِهما[١٤] لا أعْرِفُه عيْنًا . أو قال : لا أعْرِفُ صَاحِبَها ، أهو أحدُكما أو غيرُكما . أو قال : أوْدَعَنِيها أحدُكما . أو : رَجُلٌ[١٥] لا أعْرِفُه عيْنًا . فادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما أنَّك تعْلَمُ أنِّى صَاحِبُها ، أو أنِّى الذى أوْدَعْتُكَها ، وطلبَ[١٦] يَمِينَه ، لَزِمَه أنْ يحْلفَ له ؛ لأنَّه لو أقرَّ له ، لَزِمَه تَسْلِيمُها إليه ، ومن لَزِمَه الحَقُّ مع الإقْرارِ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ مع الانْكارِ ، ويحْلِفُ على ما ادعَّاه مِن[١٧] نَفْيِ العلمِ . وإنْ صَدَّقاهُ ، فلا يَمِينَ عليه . وإنْ صَدَّقَه أحدُهما ، حَلَفَ للآخَرِ . وإنْ أقرَّ بها لوَاحِدٍ منهما ، أو غيرِهما ، صارَ المُقَرُّ له صاحِبَ الْيَدِ . فإنْ قال غيرُ المُقَرِّ له : احْلِفْ لى أنَّ العَيْنَ ليستْ مِلْكِى ، أو أنِّى لستُ الذى أوْدَعْتُكها . لَزِمَتْه[١٨] اليَمِينُ على ما ادَّعاهُ مِن ذلك ؛ لِمَا ذكَرْنا . وإنْ نَكَلَ عن اليَمِينِ ، قُضِىَ عليه بقِيمَتِها . وإنْ اعترَفَ بها لهما ،

---

(١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « الحكم » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « لأحدكما » .

(١٥) فى ا : « ورجل » .

(١٦) فى م : « أو طلبت » .

(١٧) فى ب : « فى » .

(١٨) فى الأصل ، ب ، م : « لزمه » .

١١/١٣٩و كان الحُكْمُ فيها كما لو كانت فى أَيْدِيهما ابْتِدَاءً ، وعليه اليَمِينُ لكُلِّ وَاحِدٍ / منهما فى النِّصْفِ المحكُومِ به لصَاحِبه ، وعلى كُلِّ وَاحِدٍ منهما اليَمِينُ لصَاحِبه[١٩] فى النِّصْفِ المحْكُومِ له به .

فصل : وإذا كان فى يَدِ رَجُلٍ دَارٌ ، فادَّعَاها نَفْسَان ، قال أحدُهما : أَجَرْتُكها . وقال الآخَرُ : هى دَارِى أَعَرْتُكَها . أو قال : هى دَارِى وَرِثْتُها من أبى . أو قال : هى دَارِى . ولم يذْكُرْ شيْئًا آخَرَ ، فأنكرَهما صَاحِبُ اليَدِ ، وقال : هى دَارِى . فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وإنْ كان لأحَدِهما بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بما ادَّعاه بَيِّنَةً ، تَعارَضَتا[٢٠] ، وكان الحُكْمُ على ما ذكَرْنا فيما مَضَى ، إلَّا على الرِّوَايةِ التى تُقدَّم فيها البَيِّنَةُ الشَّاهِدَةُ بالسَّبَبِ ، فإنَّ بَيِّنَةَ مَن ادَّعَى أنَّه وَرِثَها مُقَدَّمَةٌ ؛ لشهادَتِها بالسَّبَبِ . وإنْ أقَامَ أحدُهما بَيِّنَةً أنَّه [٢١]غَصَبَهُ إيَّاهَا[٢١] منه ، وأقامَ الآخَرُ بَيِّنَةً أنَّه أقَرَّ له بها ، فهى للمَغْصُوبِ منه ، ولا تَعارُضَ بينهما ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما مُمْكِنٌ ، بأنْ يكونَ غَصَبَها من هذا ، وأقَرَّ بها لغَيْرِه ، وإقْرَارُ الغَاصِبِ باطِلٌ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فتُدْفَعُ إلى المَغْصُوبِ منه ، ولا يَغْرَمُ للمُقَرِّ له شَيْئًا ؛ لأنَّه ما حَالَ بينَه وبينَها ، وإنَّما حَالَتِ البَيِّنَةُ بينهما . ولو أقَرَّ بها لأحَدِهما ، وأقَرَّ[٢٢] أنَّه غَصَبَها من غيرِه ، لَزِمَه تَسْليمُها إلى مَنْ أقَرَّ له بها أوَّلًا ، ولَزِمَه[٢٣] غَرَامتُها للآخرِ ؛ لأنَّه حَالَ بينه وبينها بإقْرارِه الأوَّلِ[٢٤] .

فصل : نقَل ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ أخذَ من رَجُلَيْن ثَوْبَيْن ، أحدَهما بعشرةٍ والآخَرَ بعشْرِين ، ثم لم يَدْرِ أيُّهما ثَوْبُ هذا من ثَوْبِ هذا ، فادَّعَى أحدُهما ثوْبًا من هٰذَيْن الثَّوْبَيْن ، يعنى وادَّعاه الآخرُ ، يُقْرَعُ بينهما ، فأيُّهما أصابَتْه القُرْعَةُ حَلَفَ وكان الثَّوْبُ الجَيِّدُ له ، والآخَرُ للآخرِ . وإنَّما قال ذلك ؛ لأنَّهما تَنَازَعا عَيْنًا فى يَدِ غَيْرِهما .

---

(١٩) سقط من : ا .

(٢٠) فى م : « تعارضا » .

(٢١ – ٢١) فى م : « غصبها » .

(٢٢) فى م : « أو أقر » .

(٢٣) فى ا : « ولزمته » .

(٢٤) فى ا : « للأول » .

فصل : إذا تَدَاعَيَا عَيْنًا ، فقال كُلُّ واحِدٍ منهما : هذه العَيْنُ لى ، اشْتَرَيْتُها من زيدٍ بمائةٍ ، ونَقَدْتُه / إيَّاها . ولا بَيِّنَةَ لواحِدٍ منهما ، فإنْ أنْكرَهما زيدٌ ، حَلَف ، وكانتِ العَيْنُ له. ١١/١٣٩ظ
وإنْ أقرَّ بها لأحَدِهما ، سَلَّمَها إليه ، وحَلَفَ للآخَرِ . وإنْ أقرَّ لكُلِّ واحِدٍ منهما بِنِصْفِها ، سُلِّمتْ إليهما ، وحَلَفَ لكُلٍّ(٢٥) واحِدٍ منهما على نِصْفِها . وإنْ قال : لا أعْلَمُ لمَنْ هى منكما . أُقْرِعَ بينهما ، فمنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، حَلَف وأخذَها . وإنْ حَلَفَ البائعُ أنَّها له ، ثم أقرَّ بها لأحَدِهما ، سُلِّمتْ(٢٦) إليه ، ثم إنْ أقرَّ بها للآخَرِ ، لَزِمَه(٢٧) غَرامَتُها له . وإنْ أقامَ كلُّ واحدٍ منهما بما ادَّعاه بَيِّنَةً ، نظَرْنا ؛ فإنْ كانت البَيِّنَتان مُؤرَّخَتَيْن بتاريخَيْن مُخْتَلِفَين ، مثل أنْ يدَّعِيَ أحدُهما أنَّه اشْتَراها فى المُحرَّمِ ، وادَّعى الآخَرُ أنَّه اشْتَراها فى صَفَر ، وشهدَتْ بيِّنةُ كُلِّ واحِدٍ منهما للآخَرِ بدَعْواه ، فهى للأوَّلِ ؛ لأنَّه ثَبتَ أنَّه باعَها للأوَّل ، فزَالَ مِلْكُه عنها ، فيكونُ بَيْعُه فى صَفَر باطِلًا ، لكَوْنِه باعَ ما لا يَمْلِكُه ، ويُطالَبُ بردِّ الثَّمنِ . وإنْ كانتا مؤرَّختين بتاريخٍ واحِدٍ ، أو مُطْلَقَتَيْن ، أو إحداهُما مُطْلَقةٌ والأُخرَى مُؤرَّخةٌ ، تَعارَضَتا ؛ لتعذُّرِ الجَمْعِ ، فيُنْظَرُ فى العَيْنِ ، فإنْ كانتْ فى يَدِ أحَدِهما ، انْبَنَى ذلك على الخِلافِ فى بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخَارِجِ ، فمنْ قدَّمَ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، جَعَلها لمَنْ هى فى يَدِه ، ومنْ قدَّم بَيِّنةَ الخارِجِ ، جَعَلها للخارِجِ . وإنْ كانتْ فى يَدِ البائعِ ، وقُلْنا : تسقُطُ البيِّنتان . رُجِعَ إلى البائعِ ، فإنْ أنكرَهما ، حلفَ لهما ، وكانتْ له ، وإنْ أقرَّ لأحَدِهما ، سُلِّمَتْ إليه ، وحَلَفَ للآخَرِ ، وإنْ أقرَّ لهما ، فهى بينهما ، ويَحْلِفُ لكُلِّ واحِدٍ منهما على نِصفِها ، كما لو لم تكنْ لهما بَيِّنة . وإنْ قُلْنا : لا تسقطُ البَيِّنتان . لم يُلْتَفتْ إلى إنْكارِه ولا اعْتِرافه . وهذا قولُ القاضِى ، وأكثرِ أصحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّه قد ثَبتَ زَوالُ مِلْكِه ، وأنَّ يدَهُ لا حُكْمَ لها ، فلا حُكْمَ لِقَوْلِه ، فمنْ قال : يُقْرَعُ بينهما . (٢٨أُقْرِعَ بينهما٢٨) ، فمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، فهى له مع يَمِينِه . وهذا قَوْلُ القَاضِى ، لم يذكُرْ شيْئًا

---

(٢٥) فى ب ، م : « الكل » .

(٢٦) فى ب : « سلمها » .

(٢٧) فى ب ، م : « لزمته » .

(٢٨ – ٢٨) سقط من : ب .

١١/١٤٠و سِوَى هذا . ومنْ قال : تُقْسَمُ بينهما . قُسِمَتْ . وهذا ذكَرَه / أبو الخَطَّاب . وقد نَصَّ عليه أحمد ، فى رِوَاية الكَوْسَج ، فى رَجُلٍ أقامَ البَيِّنةَ أنَّه اشْتَرَى سِلْعَةً بمائةٍ ، وأقامَ الآخَرُ بَيِّنةً أنَّه اشْتَرَاها بمائتَيْن ، فكُلُّ واحِدٍ منهما يَسْتَحِقُّ نِصْفَ[29] السِّلْعَةِ بنِصْفِ الثَّمنِ ، فيكُونان شَرِيكَيْن . وحملَ القَاضِى هذه الرِّوَايَةَ ، على أنَّ العَيْنَ فى أيْدِيهِما ، أو على أنَّ البَائِعَ أقَرَّ لهما جميعًا . وإطْلاقُ الرِّوَايةِ يَدُلُّ على صِحَّةِ قَوْلِ أبى الخَطَّاب . فعلى هذا ، إنْ كانَ المَبِيعُ ممَّا لا يَدْخُلُ فى ضَمَانِ المُشْتَرِى إلَّا بقَبْضِهِ ، فلكُلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تبعَّضَتْ عليه . فإنْ اخْتَارَا الإمْسَاكَ ، رَجَعَ كلُّ واحِدٍ منهما بنِصْفِ الثَّمنِ ، وإنْ اخْتَارَا الفَسْخَ رجعَ كلُّ واحِدٍ منهما بجَمِيعِ الثمنِ ، وإنْ اخْتار أحدُهما الفَسْخَ ، توفَّرَتِ السِّلْعَةُ كُلُّها على الآخَرِ ، إلَّا أنْ يكونَ الحاكمُ قد حكَمَ له بنِصْفِ السِّلْعةِ ونِصْفِ الثَّمنِ ، فلا يَعُودُ النِّصْفُ الآخَرُ إليه . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ فى كُلِّ مَبِيعٍ .

فصل : فإن ادَّعَى أحدُهما أنَّه اشْتَرَاها من زيدٍ بمائةٍ ، وهى مِلْكُه ، وادَّعَى الآخَرُ أنَّه اشْتَرَاها من عَمْرٍو ، وهى مِلْكُه ، وأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما[30] بدَعْوَاهُ بَيِّنَةً ، فهذه تُشْبِهُ التى قبْلَها فى المعْنَى ، فإنْ كانتْ فى يَدِ أحدِ المُشْتَرِيَيْن ، انْبَنَى ذلك على الرِّوَايتَيْن فى تقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ والخَارِجِ . وإنْ كانت فى يَدَيْهِما[31] ، قُسِمَتْ بينهما ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ منهما دَاخِلَةٌ فى أحَدِ النِّصْفَيْن ، خَارِجَةٌ فى النِّصْفِ الآخَرِ . وإنْ كانتْ فى يَدِ أحَدِ البائِعَين ، فأنْكرَهما ، وادَّعاها لنَفْسِه . فإنْ قُلْنا : تسْقُطُ البَيِّنَتان . حلَفَ ، وكانتْ له . وإنْ أقَرَّ بها لأحَدِهما ، صارَ الدَّاخِلَ ، إلَّا أنْ يُقِرَّ له بعدَ أنْ يحْلِفَ أنَّها له . وإنْ قُلْنا : يُقَدَّمُ أحَدُهما[32] بالقُرْعَةِ . فهى لمَنْ تخْرُجُ له القُرْعَةُ مع يَمِينِه . وإنْ قُلْنا : تُقْسَمُ بينَهما .
١١/١٤٠ظ قُسِمَتْ ، ورَجَعَ كلُّ واحِدٍ منهما بنِصْفِ / ثَمنِها . وإنْ كان المبيعُ ممَّا يدْخُلُ فى ضَمانِ المُشْتَرِى بنَفْس العَقْدِ ، أو كان المُشْتَرِى مُقِرًّا بقَبْضِهِ ، فلا خِيارَ لوَاحِدٍ منهما ولا رُجُوعَ

---

(٢٩) فى م : « النصف من » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى م : « أيديهما » .

(٣٢) فى م : « إحداهما » .

بشَىءٍ من الثَّمَنِ ؛ لاعْتِرافِه بسُقُوطِ الضَّمَانِ عن البَائِعِ ، وإنْ كان من المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، ولم يُقْبَضْ ، فلِكُلِّ واحِدٍ منهما الخِيارُ فى الفَسْخِ والإمْضَاءِ ، فإنْ اخْتَارَ أحدُهما الفَسْخَ ، لم يتوفَّرِ المَبِيعُ على الآخَرِ ؛ لأنَّ البائِعَ اثنان ، بخِلافِ التى قبلَها .

فصل : ولو كان فى يَدِ رَجُلٍ دارٌ ، فادَّعى عليه رَجُلان ، كلُّ واحِدٍ منهما يزْعُمُ أنَّه غصَبَها منه ، وأقامَ بذلك بَيِّنةً ، فالحُكْمُ فى هذه كالحُكْمِ فيما إذا ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّنى اشْتَرَيْتُها منه ، على ما مَضَى من التَّفْصيلِ فيه . وإنْ اتَّفَقَ تاريخُهما ، أوْ كانَتا مُطْلَقَتَيْن ، أو إحدَاهما ، تَعارَضَتا ، وإنْ تقدَّم[٣٣] تاريخ إحْداهُما ، فهل تَرْجُحُ بذلك ؟ على وَجْهَيْن . فأمَّا إنْ شَهِدتِ البَيِّنَةُ أنَّه أقرَّ بغَصْبه[٣٤] من كُلِّ واحِدٍ منهما ، لَزِمَه دَفْعُه[٣٥] إلى الذى أقرَّ له به[٣٦] أوَّلًا ، ويَغْرَمُ قِيمَتَهُ[٣٧] للآخَرِ .

فصل : فإن ادَّعى كُلُّ واحِدٍ منهما أنَّكَ اشْتَرَيْتَها مِنى[٣٨] بألْفٍ ، وأقامَ بذلك بَيِّنَةً ، واتَّفَق تَارِيخُهما ، مثل أنْ يقولَ [٣٩]كلُّ واحِدٍ منهما[٣٩] : اشْتَرَاها منِّى مع الزَّوَالِ ، يومَ كذا . ليومٍ واحِدٍ ، فهما مُتَعارِضَتَان . فإنْ قُلْنا : تسْقُطان . رُجِعَ إلى قَوْلِ[٤٠] المُدَّعَى عليه ، فإنْ أنْكَرهما ، حلَفَ لهما ، وبَرِئَ . وإنْ أقرَّ لأحدِهما ، فعليه له الثمنُ ، ويحْلِفُ للآخَرِ . وإنْ أقَرَّ لهما معًا[٤٠] ، فعليه لكُلِّ واحِدٍ منهما الثَّمَنُ[٤١] ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يشْتَرِيَها من أحدِهما ، ثم يَهَبَها للآخَرِ ويَشْتَرِيَها منه . وإنْ قال : اشْتَرَيْتُها منكما صَفْقَةً واحِدَةً بألفٍ . فقد أقرَّ لكلِّ واحِدٍ منهما بنِصْفِ الثَّمَنِ ، وله أنْ يُحَلِّفه على الباقِى . وإنْ قُلْنا : يُقْرَعُ

---

(٣٣) فى م : « قدم » .

(٣٤) فى م : « بغصبها » .

(٣٥) فى م : « دفعها » .

(٣٦) فى م : « بها » .

(٣٧) فى م : « قيمتها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩ – ٣٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٠) سقط من : ا .

(٤١) فى ب : « اليمين » .

بينهما[٤٢] . فمَن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، وَجَبَ له الثَّمَنُ ، ويَحْلِفُ للآخَرِ ، ويَبْرَأُ . وإنْ قُلْنا : يُقسَمُ[٤٣] . قُسِمَ الثَّمَنُ بينهما ، ويَحْلِفُ لكُلِّ وَاحِدٍ منهما على الباقِى . وإنْ كانَ التَّارِيخَان مُخْتَلِفَيْن ، أو كانَتا مُطْلَقَتَيْن ، أو إحدَاهما مُطْلَقَةً ، والأُخرَى مُؤَرَّخَةً ، ثبت العَقْدان ، ولَزِمَه الثَّمنان / ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أنْ يَشْتَرِيَها من أحَدِهما ثم يَمْلِكَها الآخَرُ ، فَيَشْتَرِيَها منه ، وإذا أمْكَن صِدْقُ البَيِّنَتَيْن والجَمْعُ بينهما ، وَجَبَ تصْدِيقُهما . فإنْ قيل : فلم قُلْتُم إنَّه إذا كان البَائِعُ واحِدًا والمُشْتَرِى اثْنَيْن[٤٤] ، فأقام أحدُهما بَيِّنَةً أنَّه اشْتَرَاهُ[٤٥] فى المُحرَّمِ ، وأقامَ الآخَرُ بَيِّنَةً أنَّه اشْتَرَاهُ[٤٦] فى صَفَر ، يكونُ الشِّرَاءُ[٤٧] الثَّانِى باطِلًا ؟ قُلْنا : لأنَّه إذا ثبَتَ المِلْكُ للأوَّلِ ، لم يُبْطِلْه بأنْ يَبِيعَه الثَّانِى ثانِيًا ، وفى مَسْألتِنا ثُبوتُ شِرَائِه من كُلِّ واحِدٍ منهما يُبْطِلُ مِلْكَه ، لأنَّه لا يجوزُ أنْ يَشْتَرِىَ ثانِيًا مِلْكَ نَفْسِه ، ويجوزُ أنْ يَبِيعَ البَائِعُ ما ليس له[٤٨] ، فافْتَرَقا . فإنْ قِيلَ : فإذا كانتِ البَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَيْن ، أو إحْداهُما مُطْلَقَةً ، احْتَمَلَ أنْ يكونَ تارِيخُهما وَاحِدًا ، فيَتَعارَضَان ، والأصْلُ بَراءةُ ذِمَّةِ المَشْهُودِ عليه ، فلا تُشْغَلُ[٤٩] بالشَّكِّ . قُلْنا : إنَّه[٥٠] متى أمْكَنَ صِدْقُ البَيِّنَتَيْن ، وَجَبَ تصْدِيقُهما ، ولم يكُنْ ثَمَّ شَكٌّ ، وإنَّما يَبْقَى الوَهْمُ ، والوَهْمُ لا تَبْطُلُ به البَيِّنَةُ ، لأنَّها لو بَطَلَتْ به ، لم يَثْبُتْ به[٥١] حَقٌّ أصْلًا ، لأنَّه ما من بَيِّنَةٍ إلَّا ويَحْتَمِلُ أنْ تكونَ كاذِبَةً ، أو غيرَ عَادِلَةٍ ، أو مُتَّهمةً ، أو مُعارَضَةً ، ولم يُلْتَفَتْ إلى هذا الوَهْمِ ، كذا هٰهُنا . ١٤١/١١و

فصل : إذا ماتَ رَجُلٌ ، فشَهِدَ رَجُلان أنَّ هذا الغُلامَ ابنُ هذا المَيِّتِ ، لا نعْلَمُ له وَارِثًا

(٤٢) فى ا زيادة : « يقرع » .

(٤٣) فى ا زيادة : « بينهما » .

(٤٤) فى النسخ : « اثنان » .

(٤٥) فى ب ، م : « اشتراها » .

(٤٦) فى م : « اشتراها » .

(٤٧) فى ب : « شراء » .

(٤٨) سقط من : ا .

(٤٩) فى ا ، ب ، م : « تشتغل » .

(٥٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥١) فى م : « بها » .

سِوَاهُ ، وشهِدَ آخَران لآخَرَ أنَّ هذا الغلامَ ابنُ هذا المَيِّتِ ، لا نَعْلَمُ له وَارِثًا سِواهُ ، فلا تعَارُضَ بينهما ، وثبتَ[٥٢] نَسَبُ الغُلامَيْن منه ، ويكونُ الإرْثُ بينهما ؛ لأنَّه يجوزُ أن تَعْلَمَ كلُّ بَيِّنَةٍ ما لم تَعْلَمْهُ الأُخْرَى .

فصل : وإذا ادَّعَى رَجُلٌ عبدًا فى يَدِ آخَرَ أنَّه اشْتَراهُ منه ، وادَّعَى العَبْدُ أنَّ سَيِّدَه أعْتَقَه ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، فأنْكَرَهما ، حَلَفَ لهما ، والعبدُ له . وإنْ أقرَّ لأحَدِهما ، ثبَت ما أقرَّ له[٥٣] به[٥٤] ، ويحلفُ للآخَرِ . وإنْ أقامَ أحدُهما بَيِّنَةً بما ادَّعَاه ، ثَبَتَ . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بدَعْوَاهُ ، وكانتا مُؤَرَّخَتَيْن بتاريخَيْن مُخْتَلِفَيْن ، قَدَّمْنا الأُولَى[٥٥] ، وبطَلَتِ الأُخْرَى ؛ / لأنَّه إنْ سَبَقَ العِتْقُ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ بَيْعَ الحُرِّ لا يَصِحُّ ، وإنْ سَبَقَ البَيْعُ ، لم يصِحَّ العِتْقُ ؛ لأنَّه أعتَقَ عبْدَ غيرِه . فإنْ قِيلَ : يَحْتَمِلُ أنَّه عادَ إلى مِلْكِه فأعْتَقَه . قُلْنا : قد ثَبَتَ المِلْكُ للمُشْتَرِى ، فلا يُبْطِلُه عِتْقُ البَائِعِ . وإنْ كانتا مُؤَرَّخَتَيْن بتَارِيخٍ واحِدٍ ، أو مُطْلَقَتَيْن ، أو إحْدَاهما مُطْلَقةً ، تعارَضَتَا ؛ لأنَّه لا تَرْجِيحَ لإحْداهما على الأُخْرَى . فإنْ كان فى يَدِ المُشْتَرِى ، انْبَنَى ذلك على الخِلافِ فى تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أو الخَارِجِ[٥٦] ، فإنْ قَدَّمْنا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ ، فهو للمُشْتَرِى ، وإنْ قَدَّمنا بَيِّنَةَ الخَارِجِ ، قُدِّمَ العِتْقُ ؛ لأنَّه خارِجٌ . وإنْ كان فى يَدِ البَائِعِ ، وقُلْنا : إنَّ البيِّنَتَيْن تسقُطَان بالتَّعارُضِ ، صارَا كمَنْ لا بيِّنةَ لهما ، [٥٧] ويرْجعُ إلى السَّيِّدِ[٥٧] ، فإنْ أنكرَهما ، حَلَفَ لهما ، وإنْ أقرَّ بالعِتْقِ ، ثبَتَ ، ولم يَحْلِفِ العَبْدُ ؛ لأنَّه لو أقَرَّ بأنَّه ما أعْتقه ، لم يَلْزَمْه شيءٌ ، فلا فائِدَةَ فى إحْلَافِه ، ويَحْلِفُ البائِعُ للمُشْتَرِى . وإنْ أقرَّ للمُشْتَرِى ثبتَ المِلْكُ له[٥٨] ، ولم يحْلِفْ للعَبْدِ[٥٩] ؛ لأنَّه لو أقرَّ له أنَّه ١١/١٤١ظ

---

(٥٢) فى ا ، ب : « ويثبت » .

(٥٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٥٤) سقط من : ب .

(٥٥) فى م : « الأول » .

(٥٦) فى م : « والخارج » .

(٥٧ - ٥٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥٨) سقط من : م .

(٥٩) فى م : « العبد » .

كان أعْتَقَه ، لم يَلْزَمْه غُرْمٌ ، فلا فائِدةَ فى إحْلافِه . وإنْ قُلْنا[٦٠] : تَرْجُحُ[٦١] إحْدَى البيِّنَتَيْن بالقُرْعَةِ قَرَعْنا[٦٢] بينهما ، فمَنْ خرجَتْ قُرْعتُه ، قدَّمْنَاه . قال أبو بكر : هذا قِياسُ قَوْلِ أبى عبدِ الله . فعلَى هذا ، يحْلِفُ مَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، فى أحدِ الوَجْهَين . وإنْ قُلْنا : يُقْسَمُ . قَسَمْنا العَبْدَ ، فجعَلنا نِصْفَه مَبيعًا و نِصْفَه حُرًّا ، ويَسْرِى العِتْقُ إلى جَمِيعِه إنْ كان البَائِعُ مُوسِرًا ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ قامتْ عليه بأنَّه أعْتَقَه مُخْتَارًا ، وقد ثَبَتَ العِتْقُ فى نِصْفِه بشهادَتِهما .

فصل : إذا ادَّعى رَجُلٌ زَوْجيَّةَ امْرَأةٍ ، فأقَرَّتْ بذلك ، قُبِلَ إقْرَارُها ، لأنَّها أقَرَّتْ على نَفْسِها وهى غيرُ مُتَّهَمَةٍ ، فإنَّها لو أرادَتِ ابتِداءَ النِّكَاحِ ، لم تُمْنَعْ منه . وإنِ ادَّعَاها اثْنان ، فأقَرَّتْ لأحَدِهما ، لم[٦٣] يُقْبَلْ منها ؛ لأنَّ الآخَرَ يدَّعِى مِلْكَ نِصْفِها ، وهى مُعْتَرِفَةٌ أنَّ ذلك قد مَلَكَ عليها ، فصَارَ إقْرَارُها بحَقِّ غيرِها ؛ ولأنَّها مُتَّهَمَةٌ ، فإنَّها لو أرادَتِ ابْتِداءَ تَزْوِيجِ أحدِ / المُتَدَاعِيَيْن، لم يَكُنْ لها ذلك قبلَ الانْفِصالِ من دَعْوَى الآخرِ . فإنْ قيلَ : فلو تَداعَيا عَيْنًا فى يَدِ ثَالِثٍ ، فأقَرَّ لأحَدِهما ، قُبِلَ . قُلْنا : لا يَثْبُتُ المِلْكُ بإقْرارِه فى العَيْنِ ، وإنَّما يَجْعَلُه كصاحِبِ اليَدِ ، فيَحْلِفُ ، والنِّكَاحُ لا يُسْتَحَقُّ باليَمِينِ ، فلم يَنْفَعِ الإقْرارُ به هـٰهُنا ، فإنْ كان لأحدِ المُدَّعِيَيْن[٦٤] بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له[٦٥] بها ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ فى النِّكاحِ وغيرِه . وإنْ أقَاما بَيِّنَتَيْن ، تَعارَضَتا ، وسَقَطَتا ، وحِيلَ بينهما وبينَها[٦٦] ، ولا يَرْجُحُ أحدُ المُتَدَاعِيَيْن بإقْرارِ المَرْأةِ ؛ لمَا ذَكَرْنا ، ولا بكَوْنِها فى بَيْتِه ويَدِه ؛ لأنَّ اليَدَ لا تثْبُتُ على حُرَّةٍ ، ولا سَبيلَ إلى القِسْمَة هـٰهُنا ، ولا إلى القُرْعَةِ ؛ لأنَّه لا يَدَ مع القُرْعَةِ من[٦٧] اليَمِينِ ، ولا مدْخَلَ لها[٦٨] فى النِّكاحِ[٦٨] . ١١/١٤٢و

---

(٦٠) فى م زيادة : « وإن قلنا : يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه لأن ملكه قد زال فإن » .

(٦١) فى الأصل : « ترجيح » .

(٦٢) فى م : « أقرعنا » .

(٦٣) فى ب : « لا » .

(٦٤) فى ب ، م : « المتداعين » .

(٦٥) سقط من : ب .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧) فى ا : « فى » .

(٦٨ – ٦٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

فصل : إذا قال السَّيِّدُ لعَبْدِه : إنْ قُتِلْتُ فأنْتَ حُرٌّ . ثم ماتَ ، فادَّعَى العبدُ أنَّه قُتِلَ ، وأنْكَرَ الوَرَثَةُ ، فالقَوْلُ قَوْلُهم مع أيْمانِهم ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَتْلِ ، فإنْ أقامَ بَيِّنَةً بدَعْواه ، عَتَقَ ، وإنْ أقامَ الوَرَثَةُ بَيِّنَةً بمَوْتِه ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ العَبْدِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها تشهَدُ بزِيَادَةٍ ، وهى القَتْلُ . والثَّانِى ، تتعارضَان ؛ لأنَّ إحدَاهُما تشهَدُ بضِدِّ ما شَهِدتْ به الأُخْرَى ، فيبْقَى على الرِّقِّ . وإنْ قالَ : إنْ مِتُّ فى رَمضانَ ، فعَبْدِى سالمٌ حُرٌّ ، وإنْ مِتُّ فى شوال فعبدِى غَانِمٌ حُرٌّ . ثم مات ، فادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما مَوْتَه(٦٩) فى الشَّهْرِ الذى يَعْتِقُ بمَوْتِه(٦٩) فيه ، وأنْكرَهما الوَرَثَةُ ، فالقَوْلُ قوْلُهم مع أيْمانِهم . وإنْ أقَرُّوا لأحَدِهما ، عَتَقَ بإقْرارِهم . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بيِّنَةً بمُوجِبِ عِتْقِه ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، تُقدَّم بَيِّنَةُ سالِمٍ ؛ لأنَّ معها زِيادةَ عِلْم ، فإنَّها أثبتَتْ ما يجوزُ أنْ يَخْفَى على البَيِّنَةِ الأُخْرَى ، وهو مَوْتُه فى رَمضانَ . والثَّانِى ، يتعارَضان ، ويَبْقَى العَبْدان على الرِّقِّ ؛ لأنَّهما سَقَطا ، فصارَا ، كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . والثَّالِثُ ، يُقْرَعُ بينهما ، فيَعْتِقُ مَن تقعُ له القُرْعَةُ . وإنْ قال : إنْ بَرِئْتُ من مَرَضِى هذا(٧٠) ، فسَالمٌ حُرٌّ ، وإنْ مِتُّ منه ، فغانِمٌ حُرٌّ . فمات ، / وادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ منهما مُوجِبَ عِتْقِه ، أُقْرِعَ بينهما ، فمَن خرجَتْ له القُرْعَةُ ، عَتَقَ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من أنْ يكونَ بَرَأَ أو لم يَبْرَأْ ، فيَعْتِقُ أحدُهما على كُلِّ حَالٍ ، ولم تُعْلَمْ عينُه فيُخْرَجُ بالقُرْعةِ ، كما لو أعْتَقَ أحدَهما ، فأشْكَلَ علينا . ويَحْتَمِلُ أنْ يُقدَّمَ قَوْلُ غانِمٍ ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ البُرْءِ . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بيِّنَةً بمُوجِبِ عِتْقِه ، فقالَ أصْحابُنا : يتَعارَضَان ، ويبْقى العَبْدَان على الرِّقِّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدَةٍ منهما تُكذِّبُ الأُخْرَى ، وتُثْبِتُ زِيَادَةً تَنْفِيها الأُخْرَى . ولا يَصِحُّ هذا القَوْلُ ؛ لأنَّ التَّعارُضَ أثَرُه فى إسْقاطِ البَيِّنَتَيْن ، ولو لم يَكُونَا أصْلًا لَعتَقَ أَحَدُهُمَا ، فكذلك إذا سَقَطَتَا ، وذلك لأنَّه لا يَخْلُو من إحْدَى الحالَتَيْن اللَّتَيْن علَّقَ على كلِّ واحِدَةٍ منهما عِتْقَ أحدِهما ، فيَلْزَمُ وجُودُه ، كما لو قال : إنْ كانَ هذا الطَّائِرُ غُرابًا ، فسالِمٌ حرٌّ ، وإنْ لم يكُنْ غُرابًا فغانمٌ حُرٌّ . ولم يُعْلَمْ حالُه ، ولكنْ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنْ يُقْرَعَ بينهما ، كما فى مسْألةِ الطَّائرِ ؛ لأنَّ(٧١) البيِّنَتَيْن إذا تعارَضَتا ١١/١٤٢ظ

(٦٩ – ٦٩) سقط من : ا . نقل نظر .

(٧٠) سقط من : ا .

(٧١) فى ا ، ب : « ولأن » .

قُدِّمَتْ إحداهُما بالقُرْعَةِ ، فى رِوَايةٍ . والثَّانى ، تُقدَّمُ بَيِّنةُ سالِمٍ ؛ لأنَّها شَهِدتْ بزِيَادَةٍ ، وهى البُرْءُ . وإنْ أقَرَّ الوَرَثَةُ لأحَدِهِمْ ، عَتَقَ بإقْرارِهم ، ولم يسْقُطْ حَقُّ الآخَرِ ممَّا ذكَرْنا ، إلَّا أنْ يشْهَدَ اثْنَان عَدْلان منهم بذلك ، مع انْتِفَاءِ التُّهْمَةِ ، فيَعْتِقَ وَحْدَه إذا لم تَكُنْ للآخَرِ بَيِّنَةٌ .

فصل : وإذا ادَّعَى سالِمٌ أنَّ سيِّدَه أعْتقَه فى مَرَضِ مَوْتِه ، وادَّعَى عبدُه الآخَرُ غانمٌ أنَّه أعْتَقَه فى مَرضِ مَوْتِه ، وكُلُّ واحِدٍ منهما ثُلثُ[72] مالِه ، فأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بدَعْواه بَيِّنةً ، فلا تَعَارُضَ بينهما ؛ لأنَّ ما شَهِدَتْ به كُلُّ بيِّنَةٍ لا يَنْفِى ما شهِدَتْ به الأُخْرَى ، ولا تُكَذِّبُ إحْدَاهما الأُخْرَى ، فيَثْبُتُ إعْتاقُه لهما ، ثم يُنْظَرُ ، فإنْ كانتِ البَيِّنتان مُؤَرَّخَتَيْن بتَارِيخَيْن مُخْتَلِفَيْن / ، عتق الأوَّلُ منهما . ورَقَّ الثَّانِى ، إلَّا أنْ يُجيزَ[73] الوَرَثَةُ ؛ لأنَّ المَرِيضَ إذا ١١/١٤٣و
تبَرَّعَ بتبرُّعاتٍ ، يَعْجَزُ ثُلُثُه عن جَميعِها ، قُدِّمَ الأوَّلُ فالأوَّلُ[72] ، وإنْ اتَّفَقَ تاريخُهما ، أو أُطْلِقَتا ، أو إحْداهما ، فهما سَواءٌ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لإحْداهما على الأُخْرَى ، فيسْتَوِيان ، ويُقْرَعُ بينهما ، فمَنْ خرَجَتْ له القُرْعةُ ، عَتَقَ ، ورَقَّ الآخَرُ ، إلَّا أنْ يُجيزَ[73] الوَرَثَةُ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو ؛ مِن[74] أنْ يكونَ أعْتَقَهُما معًا ، فيُقْرَعُ بينهما ، كما فعَلَ النَّبِىُّ ﷺ فى العَبِيدِ السِّتَّةِ الذين أعتَقَهم سَيِّدُهم عندَ مَوْتِه ، ولم يكُنْ له مالٌ غيرَهم[75] ، أو يكونَ أعْتَقَ أحدَهما قبلَ صَاحِبِه ، وأشْكَلَ علينا ، فيُخْرَجَ بالقُرْعَةِ ، كما فى مسأَلَةِ الطَّائرِ . وقِيلَ : يَعْتِقُ من كُلِّ واحِدٍ نِصْفُه . وهو قَوْلٌ للشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه أقْرَبُ إلى التَّعْدِيلِ بينهما فى القُرْعَةِ ، قد يَرِقُّ السَّابِقُ المُسْتَحِقُّ للعتقِ ، ويَعتِقُ الثَّانِى المُسْتَحِقُّ للرِّقِّ ، وفى القِسْمَةِ لا يَخْلُو المُسْتَحِقُّ للعتْقِ من حُرِّيَّةٍ ، ولا المُسْتَحِقُّ للرِّقِّ من رِقٍّ ، ولذلك قَسَمْنا المُخْتَلَفَ فيه على إحْدَى الرِّوَايَتَيْن ، إذا تَعَارَضَتْ به بَيِّنَتَان . والأوَّلُ المذهبُ ؛ لأنَّه لا يَخْلُو من شُبْهَةٍ بإحْدَى الصُّورَتَيْن اللَّتَيْن ذكَرْناهما . والقُرْعَةُ ثَابِتَةٌ فى كُلِّ واحِدَةٍ منهما . وقولُهم : إنَّ فى القُرْعَةِ احْتِمَالَ إرْقَاقِ[76] الحُرِّ . قُلْنا : وفى القِسْمَةِ إرْقَاقُ نِصْفِ الحُرِّ يَقِينًا ، وتَحْرِيرُ نِصْفِ الرَّقِيقِ يَقِينًا ، وهو أعْظَمُ ضَرَرًا . وإنْ كانت قِيمَةُ أحَدِهما الثُّلُثَ ، وقِيمَةُ الآخَرِ دُونَ

---

(٧٢) سقط من : ا .

(٧٣) فى الأصل : « يخير » .

(٧٤) فى الأصل : « إما » .

(٧٥) تقدم تخريجه ، فى : ٣٩٥/٨ .

(٧٦) فى م زيادة : « نصف » .

الثُّلثِ ، فكان الأوَّلُ أو الذى خَرجَتْ قرعَتُه الثُّلُثَ ، عَتَقَ ، ورَقَّ الآخَرُ . وإنْ كان هو النَّاقِصَ عن الثُّلثِ ، عَتَقَ ، وعَتَقَ من الآخَرِ تَمامُ الثُّلثِ . وإنْ كان لأحدِهما بَيِّنَةٌ ، ولا بَيِّنَةَ للآخَرِ ، أو بَيِّنتُه فاسِقَةٌ ، عَتَقَ صاحِبُ البَيِّنَةِ العادِلَةِ ، ورَقَّ الآخَرُ . وإنْ كان لكُلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، إلَّا أنَّ إحْداهما تَشْهَدُ أنَّه أعْتَقَ سَالِمًا فى مَرَضِه ، والأُخْرَى تشْهَدُ بأنَّه وَصَّى بعِتْقِ / غانِمٍ ، وكان سالمٌ ثُلُثَ المالِ ، عَتَقَ وَحْدَه ووقَفَ عِتْقُ غانِمٍ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ التَّبرُّعَ يُقَدَّمُ على الوَصيَّةِ . وإنْ كان سالمٌ أقَلَّ من الثُّلثِ ، عَتَقَ من غانِمٍ تَمامُ الثُّلثِ . وإنْ شَهِدتْ إحْدَاهما أنَّه وَصَّى بعِتْقِ سَالِمٍ ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى أنَّه وَصَّى بعِتْقِ غانِمٍ ، فهما سَواءٌ ، ويُقْرَعُ بينهما ، سَواءٌ اتَّفَقَ تارِيخُهما أو اخْتَلَفَ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ يَسْتَوِى فيها المُتقَدِّمُ والمُتأَخِّرُ . وقال أبو بكرٍ ، وابنُ أبى موسى : يَعْتِقُ[77] نِصْفُ كُلِّ واحِدٍ[77] منهما بغيرِ قُرْعةٍ ؛ لأنَّ القُرْعَةَ إنَّما تَجِبُ إذا كان أحدُهما عبْدًا والآخَرُ حُرًّا ، ولا كذلك هٰهُنا ، فيجبُ أن تُقْسَمَ الوَصِيَّةُ بينهما ، ويدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ وَصِيَّتِه ، كما لو وَصَّى لاثْنَيْن بمالٍ . والأَوَّلُ قِياسُ المذهبِ ؛ لأنَّ الإعْتاقَ بعدَ المَوْتِ كالإعْتاقِ فى مَرَضِ المَوْتِ ، وقد ثبَتَ فى الإعْتاقِ فى مَرَضِ المَوْتِ أنَّه يُقْرَعُ بينهما بحديثِ[78] عِمْرانَ ابنِ حُصَيْنٍ ، فكذلك بعدَ المَوْتِ ، ولأنَّ المَعْنَى المُقْتَضِىَ لتكْمِيلِ العِتْقِ فى أحدِهما فى الحياةِ مَوْجُودٌ بعد المَماتِ ، فيَثْبُتُ . فأمَّا إنْ صَرَّحَ ، فقال : إذا مِتُّ ، فنِصْفُ كُلِّ واحِدٍ من سالِمٍ وغانِمٍ حُرٌّ . أو كان فى لَفْظِه ما يَقْتَضِيه ، أو دَلَّتْ عليه قَرِينَةٌ ، ثَبَتَ ما اقْتَضَاهُ . ١١/١٤٣ظ

فصل : وإن خَلَّفَ المَرِيضُ ابْنَيْن ، لا وَارِثَ له سواهما ، فشهِدَا[79] أنَّه أعْتَقَ سَالِمًا فى مَرَضِ مَوْتِه ، وشهِدَ أجْنَبِيَّان أنَّه أعْتَقَ غانِمًا فى مَرَضِ مَوْتِه ، وكُلُّ واحِدٍ ثُلُثُ مَالِه ، ولم يَطْعَنِ الابْنانِ فى شَهادَتِهما ، وكانت البَيِّنَتان عادِلَتَيْن ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فيما إذا

(٧٧ – ٧٧) فى ب : « من كل واحد نصفه » .

(٧٨) فى ب ، م : « لحديث » .

(٧٩) فى ب ، م : « فشهد » .

كانتا[٨٠] أَجْنَبِيَّتَين[٨١] سَواءً ؛ لأنَّه قد ثبتَ أنَّ المَيِّتَ أعْتقَ العَبْدَيْن . فإنْ طَعَنَ الابْنان[٨٢] فى شهادَةِ الأَجْنَبِيَّين[٨٣] ، وقالا : ما أَعْتَقَ غانِمًا[٨٤] ، إنَّما أَعْتَقَ سَالِمًا . لم يُقْبَلْ قَوْلُهما فى رَدِّ شهادَةِ الأَجْنَبِيَّةِ ؛ لأنَّها بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ مُثْبِتةٌ ، والأُخْرَى نَافِيَةٌ ، وقَوْلُ المُثْبِتُ يقَدَّمُ على قَوْلِ النَّافِى ، ويكونُ حُكْمُ ما شَهِدتْ به حُكْمَه[٨٥] إذا لم يَطْعَنِ / الوَرَثَةُ فى شِهَادَتِهما ، فى ١٤٤/١١ و
أنَّه يَعْتِقُ إنْ تَقَدَّمَ تَاريخُ عِتْقِه ، أو خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، ويَرِقُّ إذا تأَخَّرَ تارِيخُه ، أو خَرَجَتِ القُرْعَةُ لغيرِه . وأمَّا الذى شَهِدَ به الابْنان ، فيَعْتِقُ كُلُّه ؛ لإِقْرارِهما بإعْتاقِه وحْدَه ، واسْتِحْقَاقِه للحُرِّيَّة[٨٦] . وهذا قَوْلُ القَاضى . وقِيلَ : يَعْتِقُ ثُلثاهُ إنْ حُكِمَ بعِتْقِ سالِمٍ ، وهو ثُلثُ الباقى ؛ لأنَّ العبْدَ الذى شَهِدَ به الأَجْنَبِيَّان كالمَغْصُوبِ من[٨٧] التَّرِكَةِ ، والذَّاهِبِ[٨٨] من التَّرِكَةِ بمَوْتٍ أو تَلَفٍ[٨٩] ، فيَعْتِقُ ثُلثُ البَاقِى . وهو ثُلثا غانِمٍ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ المُعْتَبَرَ خُرُوجُه من الثُّلثِ حالَ المَوْتِ ، وحالَ المَوْتِ فى قَوْلِ الابْنَيْن لم يَعْتِقْ سَالمٌ ، إنَّما عَتَقَ بالشَّهادةِ بعد المَوْتِ ، فيكونُ ذلك بمَنْزِلَةِ مَوْتِه بعدَ مَوْتِ سَيِّدِه ، فلا يَمْنَعُ من عِتْقِ مَنْ خَرَجَ من الثُّلثِ قَبْلَ مَوْتِه . فإنْ كان الابْنان فاسِقَيْن ولم يَرُدَّا شهادَةَ الأَجْنَبِيَّةِ ، ثبَتَ العِتْقُ لسَالِمٍ ، ولم يُزَاحِمْه مَنْ شهِدَ له الابْنان ، لِفِسْقِهما ؛ [٩٠] لأنَّ شهادَةَ الفاسِقِ كعَدَمِها[٩٠] ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُهما فى إسْقَاطِ حَقٍّ ثبَتَ ببَيِّنَةٍ عادِلَةٍ ، وقد أقَرَّ الابْنان بعِتْقِ غانِمٍ ، فيُنْظَرُ ؛ فإنْ تقدَّمَ تَارِيخُ عِتْقِه ، أو أُقْرِعَ بينهما فخَرَجَتِ القُرْعَةُ له ، عَتَقَ كُلُّه ،

---

(٨٠) فى الأصل ، م : « كانا » . وفى ب : « كانت » .

(٨١) فى ا ، ب ، م : « أجنبيين » .

(٨٢) فى ا ، ب ، م : « الاثنان » .

(٨٣) فى الأصل : « الأجنبيتين » .

(٨٤) فى م زيادة : « فى مرض موته وكل واحد ثلث ماله » . وهو تكرار لما سبق قبل سطرين .

(٨٥) فى م : « حكم ما » .

(٨٦) فى الأصل : « الحرية » .

(٨٧) فى ب : « فى » .

(٨٨) فى ب ، م : « وكالذهب » .

(٨٩) فى الأصل : « أو بتلف » .

(٩٠ – ٩٠) سقط من : ا ، ب ، م .

كما قُلْنا فى التى قبلَها . وإنْ تأخَّرَ تاريخُ عِتْقِه ، أو خَرَجَتِ القُرْعَةُ لغيْرِه ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ ؛ لأنَّ الابْنَيْنِ لو كانا عَدْلَيْن ، لم يَعْتِقْ منه شىءٌ ، فإذا كانا فَاسِقَيْن أوْلَى . وقال القاضى ، وبعضُ أصْحَابِ الشَّافِعِىِّ : يعْتِقُ نِصْفُه فى الأَحْوالِ كُلِّها ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ العِتْقَ بإقْرارِ الوَرَثَةِ ، مع ثُبُوتِ العتْقِ للآخرِ[91] بالبَيِّنَةِ العَادِلَةِ ، فصارَ بالنِّسْبَةِ كأنَّه أعْتَقَ العَبْدَيْن ، فيَعْتِقُ منه نِصْفُه . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه لو أعْتَقَ العَبْدَيْن ، لأَعْتَقْنَا أحدَهما بالقُرْعَة ، ولأنَّه[92] فى حالِ تَقَدُّمِ تَاريخِ عِتْقِ من شَهِدتْ له البَيِّنَةُ ، لا يَعْتِقُ منْه شىءٌ ولو كانتْ بَيِّنَتُه عَادِلَةً ، فمع فُسُوقِها أوْلَى ، وإنْ كَذَّبَتِ الوارِثَةُ[93] الأَجْنَبِيَّةَ ، فقالتْ : ما أعْتَقَ سالمًا[94] ، إنَّما أعتَقَ غانمًا[94] ، عتَقَ العَبْدان . وقِيل : يَعْتِقُ مِنْ سالِمٍ ثُلثاه . والأَوَّلُ أَوْلَى .

11/144 ظ **فصل** : / فإنْ شَهِدَ عَدْلان أجْنَبيَّان ، أنَّه وَصَّى بعِتْقِ سَالِمٍ ، وشَهِدَ عَدْلان وارِثَان ، أنَّه رجَعَ عن الوَصِيَّةِ بعِتْقِ سَالِمٍ ، ووَصَّى بعِتْقِ غَانِمٍ ، وقِيمَتُهما سَواءٌ ، أو كانت قِيمَةُ غانِمٍ أكثرَ ، قُبِلَتْ شهادَتُهما ، وبَطَلَتْ وَصِيَّة سَالِمٍ ؛ لأنَّهما لا يجُرَّان إلى أنفُسِهما نَفْعًا ولا[95] يدْفَعان عنها ضَرَرًا . فإنْ قيلَ : فهما يُثْبِتان لأنْفُسِهما ولاءَ غانِمٍ . قُلْنا : وهما يُسْقِطان ولاءَ سالِمٍ ، وعلى أنَّ الوَلاءَ إثْباتُ سَبَبِ الميرَاثِ ، وهذا لا يَمْنَعُ قَبولَ الشَّهادَةِ ، بدَليلِ مالو شَهِدَا بعِتْقِ غانِمٍ من غيْرِ مُعارِضٍ ، ثَبَتَ عِتْقُه ، ولهما وَلاؤُه ، ولو شَهِدَا بثُبُوتِ نَسَبِ أخٍ لهما ، قُبِلتْ شهادَتُهما ، مع ثُبوتِ سَبَبِ[96] الإرْثِ لهما ، وتُقْبَلُ شَهادَةُ المَرْءِ[97] لأخِيه بالمالِ ، وإنْ جازَ أنْ يَرِثَه ، فإنْ كان الوَارِثان فاسِقَيْن ، لم تُقْبَلْ شهادَتُهما فى الرُّجُوعِ ، ويَلْزَمُهما إقْرَارُهما لغانِمٍ ، فيَعْتِقُ سالمٌ بالبَيِّنَةِ العادِلَةِ ، ويَعْتِقُ غانمٌ بإقْرَارِ

(91) فى الأصل ، ب : « الآخر » .

(92) فى ا ، م : « لأنه » .

(93) فى م : « الورثة » . وقوله : الوارثة . أى البينة الوارثة .

(94) بينهما تقديم وتأخير فى : م .

(95) سقطت : « لا » من : م .

(96) فى الأصل ، ب : « نسب » .

(97) فى م : « المرأة » .

الوارِثَةِ[98] بالوَصِيَّة بإعْتاقِه وَحْدَه . وذَكَرَ القاضى ، وأصْحابُ الشَّافِعِىِّ ، أنَّه إنَّما يَعْتِقُ ثُلثاه ؛ لأنَّه لمَّا عَتَقَ[99] سالمٌ بشهادَةِ الأجْنَبِيَّيْن ، صارَ كالمَغْصُوبِ ، فصارَ غانمٌ نِصْفَ التَّرِكَةِ ، فيَعْتِقُ ثُلثاه ، وهو ثُلثُ التَّرِكَةِ . ولَنا ، أنَّ الوارِثَةَ[100] تُقِرُّ بأنَّه حينَ المَوْتِ ثُلثُ التَّرِكَةِ ، وأنَّ عِتْقَ سالِمٍ إنَّما كان بشهادَتِهما بعدَ المَوْتِ ، فصارَ كالمَغْصُوبِ بعدَ المَوْتِ ، ولو غُصِبَ بعدَ المَوْتِ ، لم يَمْنَعْ عِتْقَ غانِمٍ كُلَّه ، فكذلك الشَّهادَةُ بعِتْقِه . وقد ذَكَرَ القاضى ، فيما إذا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ بإعْتاقِ سَالِمٍ فى مَرَضِه ، ووَارِثَةٌ فَاسِقَةٌ بإعْتاقِ غانِمٍ فى مَرَضِه ، وأنَّه لم يُعْتِقْ سَالِمًا ، أنَّ غانِمًا يَعْتِقُ كُلُّه . وهذا مثلُه . فأمَّا إنْ كانتْ قِيمَةُ غانِمٍ أقَلَّ من قِيمَةِ سَالِمٍ ، فالوَارِثَةُ مُتَّهَمَةٌ ؛ لكَوْنِها تَرُدُّ إلى الرِّقِّ مَنْ كَثُرَتْ قيمتُه ، فتُرَدُّ شهادَتُها[101] بالرُّجُوعِ[102] ، كما تُرَدُّ شهادَتُها[103] بالرُّجُوعِ عن الوَصِيَّةِ ، ويَعْتِقُ سَالمٌ ،
١١/١٤٥و ويَعْتِقُ[104] غانم كُلُّه ، أو ثُلثَا[105] الباقى ، على ما ذَكَرْنا من / الاخْتِلافِ[106] فيما إذا كانتْ فاسِقَةً . فإنْ لم تَشْهَدِ الوَارِثَةُ بالرُّجُوعِ عن عِتْقِ سالِمٍ ، لكن شَهِدتْ بالوَصِيَّةِ بعِتْقِ غانِمٍ ، وهى بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ ، ثبتَتِ الوَصِيَّتان ، سَواءٌ كانتْ قِيمَتُهما سَواءً ، أو مُخْتَلِفةً ، فيَعْتِقَان[107] إنْ خَرَجَا من الثُّلثِ ، وإنْ لم يخْرُجَا من الثُّلثِ ، أُقْرِعَ بينهما ، فيَعْتِقُ مَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، ويَعْتِقُ تَمامُ الثُّلثِ من الآخَرِ ، سَواءٌ تقَدَّمتْ إحْدَى الوَصِيَّتَيْن على الأُخْرَى أو اسْتَوَتَا ؛ لأنَّ المُتَقَدِّمَ والمُتَأَخِّرَ من الوَصَايا سَواءٌ .

فصل : ولو شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ عادِلَةٌ ، أنَّه وَصَّى لزيدٍ بثُلثِ مالِه ، وشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أُخْرَى أنَّه رَجَعَ عن الوَصِيَّةِ لزيدٍ ، ووَصَّى لعمرٍو بثُلثِ مالِه ، وشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ ثَالِثَةٌ ، أنَّه رَجَعَ عن

---

(٩٨) فى م : « الورثة » .

(٩٩) فى م : « أعتق » .

(١٠٠) فى م : « الوراثة » .

(١٠١) فى الأصل : « شهادتهما » .

(١٠٢) فى ا ، ب ، م : « فى الرجوع » .

(١٠٣) فى ا : « شهادتهما » .

(١٠٤) سقطت : « يعتق » من : م .

(١٠٥) فى م : « ثلثاه وهو ثلث » .

(١٠٦) فى الأصل : « اختلاف » .

(١٠٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

الوَصِيَّةِ لعَمْرٍو ، ووَصَّى لبكرٍ بثُلثِ مالِه ، صَحَّتِ الشّهاداتُ[١٠٨] كُلُّها ، وكانتِ الوَصِيَّةُ لبكرٍ ، سَواءٌ كانتِ البَيِّنتان من الوَرَثَةِ ، أو لم تكُنْ ؛ لأنَّه لا تُهْمَةَ فى حَقِّهم . وإنْ كانتْ شهادَةُ البَيِّنَةِ الثَّالِثَةِ أنَّه رَجَعَ عن إحْدَى الوَصِيَّتَيْن ، لم تُفِدْ هذه الشّهادَةُ شَيْئًا[١٠٩] ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ بالبَيِّنَةِ الثَّانِيَةِ أنَّه رَجَعَ عن وَصِيَّةِ زيدٍ ، وهى إحْدَى الوَصِيَّتَيْن . فعلى هذا ، تَثْبُتُ الوَصِيَّةُ لعَمْرٍو . وإنَّ كانتِ البَيِّنَةُ الثَّانِيَة شَهِدتْ بالوَصِيَّةِ لعَمْرٍو ، ولم تَشْهَدْ بالرُّجُوعِ عن وَصِيَّةِ زيدٍ ، فشَهِدَتِ الثَّالِثَةُ برُجوعِه[١١٠] عن إحْدَى الوَصِيَّتَيْن لا بعَيْنِها ، فقال القاضى : لا تَصِحُّ الشَّهادةُ . وهذا مَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّهما لم يُعَيِّنا المَشْهُودَ عليه ، ويصيرُ كما لو قالَا : نشْهَدُ أنَّ لهذا على أحدِ هٰذَين ألْفًا . أو أنَّ[١١١] لأحَدِ هٰذَيْن على هذا ألْفًا . ويكونُ الثُّلثُ بينَ الجميعِ أثْلاثًا . وقال أبو بكر : قياسُ قوْلِ أبى عبدِ الله ، أنَّه يصِحُّ الرُّجوعُ عن إحْدَى الوَصِيَّتَيْن ، ويُقْرَعُ بينَهما ، فمَنْ خرجَتْ له قُرْعَةُ الرُّجُوعِ عن وَصِيَّتِه ، بَطَلَتْ وَصِيَّتُه . وهذا قَوْلُ ابن أبى موسى . وإذا صَحَّ الرُّجُوعُ عن إحْداهما بغيرِ تَعْيِينٍ ، صَحَّتِ الشَّهادةُ به كذلك . ووَجْهُ / ذلك ، أنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ بالمَجْهولِ ، ١١/١٤٥ظ وتصِحُّ الشَّهادةُ فيها بالمَجْهُولِ ، فجازَتْ فى الرُّجُوعِ من غيرِ تَعْيِينِ المَرْجُوعِ عن وَصِيَّتِه.

فصل : وإنْ شَهِدَ شاهِدَان أنَّه وَصَّى لزيدٍ بثُلثِ مَالِه ، وشَهِدَ واحِدٌ أنَّه وَصَّى لعمرٍو بثُلثِ مالِه ، انْبَنَى هذا على أنَّ الشَّاهِدَ واليَمِينَ هل يُعارِضُ الشَّاهِدَيْن أو لا ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يُعارِضُهما ، فيَحْلِفُ عمرٌو مع شَاهِدِه ، ويُقْسَمُ الثُّلثُ بينهما ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ واليَمِينَ حُجَّةٌ فى المالِ ، فأشْبَهَ الشَّاهِدَيْن . والثَّانى ، لا يُعارِضُهما ؛ لأنَّ الشَّاهِدَيْن أقْوَى ، فيَرْجُحان على الشَّاهِدِ واليَمِينِ . فعلى هذا ، يَنْفَرِدُ زيدٌ بالثُّلثِ ، وتَقِفُ وَصِيَّةُ عَمْرٍو على إجازَةِ الوَرَثَةِ . فأمَّا إنْ شَهِدَ واحِدٌ أنَّه رَجَعَ عن وَصِيَّةِ زيدٍ ، ووَصَّى لعمرٍو بثُلثِه ، فلا تَعارُضَ بينَهما ، ويحْلِفُ عَمْرٌو مع شَاهِدِه ، وتثْبُتُ الوَصِيَّةُ لعَمْرٍو . والفَرْقُ بين المَسْألَتَيْن ، أنَّ فى الأُولى ، تَقابَلَتِ البَيِّنَتان ، فقَدَّمْنا أقْواهُما ، وفى الثَّانِيةِ لم يَتقابَلا ،

---

(١٠٨) فى الأصل : « الشهادتان » .
(١٠٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١١٠) فى م : « بالرجوع » .
(١١١) فى م : « وأن » .

وإنَّما يثْبُتُ الرُّجوعُ ، وهو يثْبُتُ بالشَّاهِدِ واليَمِينِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ به المالُ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . واللهُ أعْلَمُ .

١٩٣٨ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ كَانَ**[1] **فِى يَدِهِ دَارٌ ، فَادَّعَاهَا رَجُلٌ ، فَأَقَرَّ بِهَا لِغَيْرِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْمُقَرُّ لَهُ بِهَا**[2] **حَاضِرًا ، جُعِلَ الخصْمَ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، وَكَانَتْ لِلْمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بِهَا لِلْمُدَّعِى بِبَيِّنَتِه ، وَكَانَ الغَائِب عَلَى خُصُومَتِهِ مَتَى حَضَرَ**)

وجملتُه أنَّ الإنسانَ إذا ادَّعَى دارًا فى يدِ غيرِه ، فقال الذى هى فى يَدِه : ليستْ لى ، إنَّما هى لفلانٍ . وكان المُقَرُّ له بها حاضِرًا ، سُئِلَ عن ذلك ، فإنْ صَدَّقَه ، صارَ الخَصْمَ فيها ، وكان صاحِبَ اليَدِ ؛ لأنَّ مَنْ هى فى يَدِه اعْتَرَفَ أنَّ يدَه نائِبَةٌ عن يَدِه ، وإقْرَارُ الإنْسانِ بما فى يَدِه إقْرارٌ صَحيحٌ ، فيصيرُ خَصْمًا للمُدَّعِى ، فإنْ كانتْ للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإنْ لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ قولُ المُدَّعَى عليْه مع يَمِينِه . وإنْ قال المُدَّعِى : أحْلِفُوا لى[3] المُقِرَّ الذى كانتِ العَيْنُ فى / يدِه ، أنَّه لا يَعْلَمُ أنَّها لى . فعليه اليَمِينُ ؛ لأنَّه[4] لو أقَرَّ له بها [5]بعدَ اعْتِرافِه[5] ، لَزِمَه الغُرْمُ ، كما لو قال : هذه العَيْنُ لزيدٍ . ثم قال : هى لعمرٍو . فإنَّها تُدْفَعُ إلى زيدٍ ، ويَغْرَمُ[6] قِيمتَها لعمرٍو . ومَنْ لَزِمَه الغُرْمُ مع الإقْرارِ ، لَزِمَتْه اليَمِينُ[7] مع الإنْكارِ[8] ، فإنْ رَدَّ المُقَرُّ له الإقْرارَ ، وقال : لَيْسَتْ لى ، وإنَّما هى للمُدَّعِى . حُكِمَ له بها . وإنْ لم يَقُلْ : هى للمُدَّعِى ، ولكن قال : ليستْ لى . فإنْ كانتْ للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وإنْ لم تَكُنْ له بَيِّنَةٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تُدْفَعُ إلى المُدَّعِى ؛ لأنَّه ١٤٦/١١و

---

(١) فى ا : « كانت » .
(٢) سقط من : ب .
(٣) سقط من : ا ، ب .
(٤) فى ب : « فإنه » .
(٥ – ٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٦) فى م : « ويدفع » .
(٧) فى ب : « القيمة » .
(٨) فى ب : « الإمكان » .

يَدَّعِيها ، ولا مُنَازِعَ له فيها ، ولأنَّ مَنْ هى فى يَدِه لو ادَّعَاها ، ثم نَكَلَ ، قَضَيْنا له[9] بها[10] ، فمع عَدَمِ إدِّعَائِه لها أَوْلَى . والثَّانى ، لا تُدْفَعُ إليه ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لها مُسْتَحِقٌّ ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ لا يَدَ له ، ولا بَيِّنَةَ ، وصَاحِبُ اليَدِ مُعْتَرِفٌ أنَّها ليست له ، فيأْخُذُها الإمامُ فيحْفَظُها لصاحِبِها . وهذا الوجْهُ الذى[11] ذَكَرَه القاضى . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لما ذَكَرْنا من[12] دَلِيلِه . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهان كهٰذَيْن ، ووَجْهٌ ثالِثٌ ، أنَّ المُدَّعِيَ يَحْلِفُ[13] أنَّها له ، وتُسَلَّمُ إليه . ويتخَرَّجُ لنا مِثْلُه ؛ بِناءً على القوْلِ بردِّ اليَمِينِ إذا نكَلَ المُدَّعَى عليه . وإنْ قالَ المُقَرُّ له : هى لثالِثٍ[14] . انتقَلَتِ الخُصُومَةُ إليه ، وصارَ بمَنْزِلَةِ صاحِبِ اليَدِ ؛ لأنَّه أقَرَّ له بها مَنِ اليَدُ له[15] حُكْمًا . وأمَّا إنْ أقَرَّ بها المُدَّعَى عليه لمَجْهُولٍ ، قِيلَ له : ليس هذا بجَوابٍ . فإنْ أقْرَرْتَ بها لمَعْرُوفٍ ، وإلَّا جَعَلْنَاكَ نَاكِلًا ، وقَضَيْنا عليك . فإنْ أصَرَّ ، قُضِيَ عليه بالنُّكُولِ . وإنْ أقَرَّ بها[16] لغَائِبٍ[17] ، أو لغير مُكلَّفٍ مُعَيَّنٍ ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ[18] ، صَارَتِ الدَّعْوَى عليه . فإنْ لم تكُنْ للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، لم يُقْضَ له بها ؛ لأنَّ الحاضِرَ يعْتَرِفُ أنَّها ليستْ له ، ولا يُقْضَى على الغائِبِ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، ويَقِفُ الأمْرُ حتى يَقْدَمَ الغَائِبُ ، ويصيرَ غيرُ المُكلَّفِ مُكَلَّفًا ، فتكونَ الخُصُومَةُ معه . فإنْ قال المُدَّعِى : أحْلِفُوا لى المُدَّعَى عليه . أحْلَفْنَاه ؛ لما/ تَقَدَّمَ . وإنْ أقَرَّ بها للمُدَّعِى ، لم تُسَلَّمْ ١١/١٤٦ظ
إليه ؛ لأنَّه اعْتَرَفَ أنَّها لغيرِه ، ويَلْزَمُه أنْ يَغْرَمَ له قِيمتَها ؛ لأنَّه فوَّتها عليه بإقْرارِه بها لغيرِه .

---

(٩) سقط من : م .

(١٠) فى م زيادة : « للمدعى » .

(١١) فى م : « الثانى » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : ا .

(١٤) فى م : « الثالث » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٧) فى م : « الغائب » .

(١٨) فى ب : « أو المجنون » .

وإنْ كان للمُدَّعِى[19] بَيِّنَةٌ ، [20]سَمِعَها الحاكمُ ، وقَضَى بها ، وكان الغائِبُ على خُصُومَتِه ، متى حَضَرَ ، له أنْ يَقْدَحَ فى بَيِّنَةِ المُدَّعِى ، وأنْ يقيمَ بَيِّنَةً[20] تَشْهَدُ بانْتِقالِ المِلْكِ إليه من المُدَّعِى . وإنْ أقامَ بيِّنَةً أنَّها مِلْكُه ، فهل يُقْضَى بها ؟ على وَجْهَيْن ؛ بناءً على تقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ أو الخَارِجِ[21] ؛ فإنْ قُلْنا : تُقدَّمُ بيِّنةُ الخَارِجِ . فأقامَ الغَائِبُ بَيِّنَةً تشْهَدُ له بالمِلْكِ والنِّتاجِ ، أو سَبَبٍ من أسْبابِ المِلْكِ ، فهل تُسْمَعُ بَيِّنَتُه ، ويُقْضَى بها ؟ على وَجْهَيْن . وإنْ كان مع المُقِرِّ بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ بها للغَائِبِ ، سَمِعَها الحاكمُ ، ولم يَقْضِ بها ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ للغَائِبِ ، والغَائِبُ لم يَدَّعِها هو ولا وَكِيلُه ، وإنَّما سَمِعَها الحاكمُ ؛ لما فيها من الفائِدَةِ ، وهو زَوالُ التُّهْمَةِ عن الحاضِرِ ، وسُقُوطُ اليَمِينِ عنه ، إذا ادَّعَى عليه أنَّك تعْلَمُ أنَّها لى . ويتخَرَّجُ أنْ يُقْضَى بها ، إذا قُلْنا بتَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وإنَّ للمُودَعِ المخَاصَمَةَ فى الوَدِيعَةِ إذا غُصِبَتْ . ولأنَّها بَيِّنَةٌ مَسْمُوعَةٌ ، فيُقْضَى بها ، كبَيِّنَةِ المُدَّعِى إذا لم تُعارِضْها بَيِّنَةٌ أُخْرَى . فإنْ ادَّعَى مَنْ هى فى يَدِه ، أنَّها معه بإجَارَةٍ أو عارِيَّةٍ ، وأقامَ بيِّنَةً بالمِلْكِ للغائِبِ ، لم يُقْضَ بها ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ ثُبُوتَ الإجَارَةِ والعَارِيَّةِ يَتَرَتَّبُ على المِلْكِ للمُؤْجِرِ ، [22]ولا يُمْكِنُ ثُبوتُ المِلْكِ للمُؤْجِرِ[22] بهذه البَيِّنَةِ ، فلا تثْبُتُ الإجَارَةُ المُتَرَتِّبَةُ عليها . والثانى ، أنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ مُقَدَّمَةٌ على بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، ويَتَخَرَّجُ[23] القَضاءُ بها على رِوايةِ[24] تَقْدِيمِ بَيِّنَةِ الدَّاخِلِ ، وكَوْنِ الحَاضِرِ له فيها حَقٌّ ؛ [25]فإنَّه يُقْضَى بها ، وَجْهًا واحِدًا[25] . ومتى عاد المُقِرُّ بها لغيْرِه ، فادَّعَاها لنَفْسِه ، لم تُسْمَعْ دَعْواهُ ؛ لأنَّه أقَرَّ بأنَّه لا يمْلِكُها ، فلا يُسْمَعُ منه الرُّجُوعُ عن إقْرارِهِ . والحكْمُ فى غيرِ المُكَلَّفِ ، كالحُكْمِ فى الغَائِبِ ، على ما ذكَرْنا .

---

(19) فى ا ، ب ، م : « مع المدعى » .

(20 - 20) سقط من : ب . نقل نظر .

(21) فى الأصل ، ب ، م : « والخارج » .

(22 - 22) سقط من : م . نقل نظر .

(23) فى م : « ويخرج » .

(24) سقط من : ب ، م .

(25 - 25) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

فصل : وإذا طَلَبَ المُدَّعِي أنْ يكْتُبَ له مَحْضَرًا بما جَرَى ، لَزِمَتْـه إجابَتُـه[٢٦] ، فيكتبُ له[٢٧] : حضرَ / القاضيَ فُلانَ بنَ فُلانٍ الفُلانيَّ ، قاضيَ عبدِ اللهِ الإمامِ فُلانِ بنِ فُلانٍ الفُلانيِّ ، أو خَليفتَه[٢٨] فُلانَ بنُ فُلانٍ الفُلانيَّ[٢٩] ، إنْ كان نائبًا ، [٣٠]فُلانُ بنُ فلانٍ الفلانيُّ[٣٠] ، وأحْضَرَ معه فُلانَ بنَ فُلانٍ الفُلانِيَّ ، فادَّعَى دَارًا فى يَدَيْه -ويعيِّنُها ، ويَذْكُرُ حُدُودَها وصِفَتَها- فاعْتَرَفَ بها المُدَّعَى عليه لفُلانِ بن فُلانٍ الفُلانيِّ ، وهو حِينَئِذٍ غَائِبٌ عن بَلَدِ القاضِي ، فأقامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً ، وهى فُلانُ بنُ فلانٍ الفُلانِيُّ ، وفُلانُ بنُ فُلانٍ الفُلانيُّ ، فشَهِدَا عندَه للمُدَّعِي بما ادَّعاه ، وعَرَفَ الحاكمُ عَدالَتَهما بما يَسُوغُ معه قَبُولُ شهادَتِهما ، أو شَهِدَ عنده بعدَالتِهما فُلانٌ ، وفُلانٌ ، فقبِلَ شهادتَهما ، فقضَى بها على الغائِبِ ، وجَعَلَ[٣١] كُلَّ ذِى حُجَّةٍ على حُجَّتِهِ . فإنْ كان الغَائِبُ قد قَدِمَ ، ولم يأْتِ بحُجَّةٍ ، زَادَ : وقَدِمَ الغائِبُ المُقَرُّ له بها فُلانٌ ، ولم يَأْتِ بحُجَّةٍ[٣٢] تدْفَعُ المُدَّعِيَ عن دَعْوَاه . وإنْ أقامَ عند حُضُورِهِ بَيِّنَةً ، زَادَ : وأقامَ بَيِّنَةً . وكانت بَيِّنَةُ المدَّعِي مُقَدَّمَةً على بَيِّنَتِه ؛ لأنَّها بَيِّنَةُ خارِجٍ .

فصل : وإذا ادَّعَى إنسَانٌ أنَّ أبـاه ماتَ ، وخَلَّفَـه وأخًـا له غائِبًـا ، لا[٣٣] وَارِثَ له سِواهما ، وتَرَكَ دَارًا فى يَدِ هذا الرَّجُلِ ، فأنْكَرَ[٣٤] صاحِبُ اليَدِ ، وأقامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، ثَبَتَتِ الدَّارُ لِلمَيِّتِ ، وانْتُزِعَتِ الدَّارُ من يَدِ المُنْكِرِ ، ودُفِعَ نِصفُها إلى المُدَّعِي ، وجُعِلَ النِّصْفُ الآخَرُ فى يَدِ أمِينٍ للغَائِبِ ، يَكْرِيه له . وكذلك إنْ كان المُدَّعَى ممَّا يُنْقَلُ ويُحوَّلُ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إنْ كان ممَّا لا[٣٥] يُنْقَلُ ولا يُحوَّلُ ، أو

١١/١٤٧و

---

(٢٦) سقط من : ا .

(٢٧) فى م زيادة : « محضرا » .

(٢٨) فى ا ، ب ، م : « خليفة القاضى » .

(٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) سقطت الواو من : م .

(٣٢) فى ا : « حجته » .

(٣٣) فى ب ، م : « ولا » .

(٣٤) فى الأصل ، ا : « فأنكره » .

(٣٥) سقط من : م .

ممَّا[٣٦] ينحفظ ولا يُخاف هَلَاكُه ، لم يُنْزَعْ نَصِيبُ الغَائِبِ من يَدِ المُدَّعَى عليه ؛ لأنَّ الغَائِبَ لم يَدَّعِه هو ولا وَكِيلُه ، فلم يُنْزَعْ من يَدِ مَنْ هو فى يَدِهِ ، كما لو ادَّعَى أحَدُ الشَّرِيكَيْن دَارًا مُشْتَرَكَةً بينه وبينَ أجْنَبِىٍّ ، فإنَّه يُسَلَّمُ إلى المُدَّعِى نَصِيبُه ، ولا يُنْزَعُ نَصِيبُ الغَائِبِ ، كذا هذا[٣٧] . ولَنا ، أنَّها تَرِكَةُ مَيِّتٍ ، ثبتَتْ بِبَيِّنَةٍ ، فوَجَبَ أنْ يُنْزَعَ نَصِيبُ الغَائِبِ ،
١٤٧/١١ظ كالْمَنْقُولِ ، وكما لو كان أخُوه صَغِيرًا أو مَجْنُونًا ، ولأنَّ / فيما قالَه ضَرَرًا ؛ لأنَّه قد يتعذَّرُ على الغَائِبِ إقامَةُ البَيِّنَةِ ، وقد يَمُوتُ الشَّاهِدَان أو يَغِيبَا ، أو تَزُولُ عنْهُما[٣٨] عَدَالتُهما ، ويُعْزَلُ الحَاكِمُ ، فيَضِيعُ حَقُّه ، فوَجَبَ أنْ يُحْفظَ بانْتِزاعِه ، كالمَنْقُولِ . ويُفارِقُ الشَّرِيكُ الأجْنَبِىَّ إجْمالًا وتَفْصِيلًا ؛ أمَّا الإجْمَالُ ، فإنَّ المَنْقُولَ يُنتزَعُ فيه[٣٩] نَصِيبُ شَرِيكِه فى المِيرَاثِ ، ولا يُنْتزَعُ نَصِيبُ شَرِيكِه الأجْنَبِىِّ ، وأمَّا التَّفْصِيلُ ، فإنَّ البَيِّنَةَ ثَبَتَ بها الحَقُّ للميِّتِ ، بدَلِيلِ أنَّه يُقْضَى منه دُيُونُه ، وتُنْفَذُ منه وَصاياه ، ولأنَّ الأخَ يُشارِكُه فيما أخَذَه ، إذا تَعَذَّرَ عليه أخْذُ البَاقِى . فأمَّا إنْ كان دَيْنًا فى ذِمَّةِ إنْسانٍ ، فهل يقْبِضُ الحاكمُ نَصِيبَ الغَائِبِ ؟ فيه وجْهَان ؛ أحدُهما ، يقْبِضُه ، كما يَقْبِضُ العَيْنَ . والثانى ، لا يقْبِضُه ؛ لأنَّه إذا كان فى ذِمَّةِ مَنْ هو[٤٠] عليه ، كان أحْوطَ من أنْ يكونَ أمانَةً فى يَدِ الأمِين ، لأنَّه لا يُؤْمَنُ عليه التَّلَفُ إذا قَبَضَه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه فى الذِّمَّةِ أيْضًا[٤١] يَعْرِضُ للتَّلَفِ بالفلَسِ ، والمَوْتِ ، وعَزْلِ الحاكِمِ ، وتعَذُّرِ البَيِّنَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّنا إذا دَفَعْنا إلى الحَاضِرِ نِصْفَ الدَّارِ أو الدَّيْنِ ، لم نُطَالِبْه بضَمِينٍ ؛ لأنَّنا دفَعْناه بقَوْلِ الشُّهُودِ ، والمطَالَبةُ بالضَّمِينِ طَعْنٌ عليهم . قال أصْحابُنا : سَوَاءٌ كان الشَّاهِدَان من أهْلِ الخِبْرَةِ الباطِنَةِ ، أو لم يكُونَا . ويَحْتَمِلُ أنْ لا تُقْبَلَ شَهادَتُهما فى نَفْى وَارِثٍ آخَرَ ، حتَّى يكونا من أهْلِ الخِبْرةِ الباطِنَةِ ، والمَعرِفَةِ المُتَقادِمَةِ ؛ لأنَّ مَنْ ليس من أهْلِ المَعْرِفَةِ ليس جَهْلُه[٤٢] بالوَارِثِ دَلِيلًا على عَدَمِه ، ولا يُكْتَفَى به . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ . فعلى هذا ، تكونُ الدَّارُ مَوْقُوفَةً ، ولا يُسَلَّمُ إلى الحاضِرِ

---

(٣٦) سقط من : الأصل .
(٣٧) فى ب ، م : « ههنا » .
(٣٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٣٩) سقط من : م .
(٤٠) سقط من : ا ، ب .
(٤١) سقط من : ا .
(٤٢) سقط من : ب ، م .

نِصْفُها، حتى يسْأَلَ الحاكمُ، ويكْشِفَ عن المَوَاضِعِ التى كان يطْرُقُها[٤٣]، ويأْمُرَ مُنَادِيًا يُنادِى : إنَّ فلانًا ماتَ ، فإنْ كان له وَارِثٌ ، فلْيَأْتِ . فإذا غَلَبَ على ظَنِّه أنه لو كان وَارِثٌ لَظَهَرَ ، دَفعَ إلى الحاضِرِ نَصِيبَه . وهل يطْلُبُ منه ضَمِينًا ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وهكذا الحُكْمُ إذا كان الشَّاهِدَان / من أهْلِ الخِبْرَةِ الباطِنَةِ ، ولكن لم يقُولا : ولا نَعْلَمُ له وارِثًا سِوَاهُ . ١١/١٤٨و
فإنْ كان مع الابنِ ذُو فَرْضٍ ، فعلى ظَاهِرِ المذهبِ ، يُعْطَى فَرْضَه كامِلًا . وعلى هذا التَّخْرِيجِ ، يُعْطَى اليَقِينَ . فإنْ كانتْ له زَوْجَةٌ ، أُعْطِيَتْ رُبْعَ الثُّمنِ ؛ لجَوازِ أنْ يَكونَ له أرْبَعُ نِسْوَةٍ ، وإنْ كانتْ له جَدَّةٌ ، ولم يَثْبُتْ مَوْتُ أُمِّه ، لم تُعْطَ شَيْئًا ، وإنْ ثَبَتَ مَوْتُها ، أُعْطِيَتْ ثُلثَ السُّدسِ ، لجَوَازِ أنْ يكونَ له ثَلاثُ جَدَّاتٍ ، ولا تُعْطَى العَصَبَةُ شَيْئًا . فإنْ كان الوَارِثُ أخًا ، لم يُعْطَ شَيْئًا ؛ لجَوَازِ أنْ يكون للمَيِّتِ وَارِثٌ يَحْجُبُه . وإنْ كان معه أُمٌّ ، أُعْطِيَتِ السُّدسَ عائِلًا ، والمَرْأَةُ رُبعَ الثُّمنِ عائِلًا ، والزَّوْجُ الرُّبعَ عائِلًا ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، فإنَّ المَسْأَلةَ قد تَعُولُ مع وُجُودِ الزَّوْجِ ، مثل أنْ يُخَلِّفَ أبوَيْن وابْنَيْن وزَوْجًا ، فإذا كشف الحاكمُ أعطَى الزَّوجَ نَصِيبَه ، وكَمَّلَ لذَوِى الفُرُوضِ فُرُوضَهم .

فصل : وإذا اخْتُلِفَ فى دَارٍ ، فى يَدِ أحَدِهما ، فأقامَ المدَّعِى بَيِّنَةً ، أنَّ هذه الدَّارَ كانتْ أمسِ مِلْكَه ، أو منذُ شَهْرٍ ، فهل تُسْمَعُ هذه البَيِّنَةُ ، ويُقْضَى بها ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، تُسْمَعُ ، ويُحْكَمُ بها ؛ لأنَّها تُثْبِتُ المِلْكَ فى الماضِى ، وإذا ثَبَتَ اسْتُدِيمَ حتى يُعْلَمَ زَوَالُه . والثَّانى ، لا تُسْمَعُ . قال القاضِى : هو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّ الدَّعْوَى لا تُسْمَعُ ما لم يَدَّعِ المُدَّعِى المِلْكَ فى الحَالِ ، فلا تُسْمَعُ بَيِّنَةٌ على ما لم يَدَّعِهِ ، لكن إن انْضَمَّ إلى شَهادَتِهما بَيانُ سَبَبِ يَدِ الثَّانِى ، وتَعْرِيفُ تعدِّيها ، فقالا : نَشْهَدُ أنَّها كانتْ مِلْكَه أمسِ ، فغَصَبَها[٤٤] هذا منه ، أو سَرَقَها ، أو ضَلَّتْ منه فالْتَقَطَها هذا . ونحوَ ذلك ، سُمِعَتْ ، وقُضِىَ بها ؛ لأنَّها إذا لم تُبَيِّنِ السَّبَبَ ، فاليَدُ دَلِيلُ المِلْكِ ، ولا تَنافِىَ بينَ ما شَهِدتْ به البَيِّنَةُ ، وبيْنَ دَلالَةِ اليَدِ ، لجَوَازِ أنْ تكونَ مِلْكَه أمسِ ، ثم تَنْتَقِلُ إلى صاحِبِ اليَدِ . فإذا ثَبَتَ أنَّ سَبَبَ اليَدِ عُدْوانٌ ، خَرَجَتْ عن كوْنِها دَلِيلًا ، فوَجَبَ القضاءُ باسْتدامةِ المِلْكِ

(٤٣) فى الأصل ، ب ، م : « يطوفها » .

(٤٤) فى ب ، م : « فقبضها » .

١٤٨/١١ظ السَّابقِ . وإن أقرَّ / المُدَّعَى عليه أنَّها كانتْ مِلْكًا للمُدَّعِى أمسِ ، أو فيما مَضَى ، سُمِع إقْرارُه ، وحُكِمَ به ، فى الصَّحيحِ ؛ لأنَّه حينَئذٍ يحتاجُ إلى بَيانِ سَبَبِ انتْقالِها إليه ، فيصيرُ هو المُدَّعِى ، فيَحْتاجُ إلى البَيِّنةِ . ويُفارِقُ البَيِّنَةَ من وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، أنَّه أقْوَى من البَيِّنَةِ ، لكَوْنِه شهادةً من الإنسانِ على نَفْسِه ، ويزولُ به النِّزاعُ ، بخلافِ البَيِّنَةِ ، ولهذا يُسْمَعُ[٤٥] فى المَجْهُولِ ، ويُقْضَى به ، بخِلافِ البَيِّنَةِ . والثَّانى ، أنَّ البَيِّنَةَ لا تُسْمَعُ[٤٥] إلَّا على ما ادَّعَاهُ ، والدَّعْوَى يجبُ أنْ تكونَ مُعَلَّقَةً بالحالِ ، والإقْرارُ يُسْمَعُ ابْتِداءً . وإنْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ أنَّها كانتْ فى يَدِه أمسِ ، ففى سَمَاعِها وَجْهَان . وإنْ أقرَّ المُدَّعَى عليه بذلك ، فالصَّحِيحُ أنَّها تُسْمَعُ ، ويُقْضَى به ؛ بما ذَكَرْنا .

فصل : وإن ادَّعَى أمَةً أنَّها له ، وأقَامَ بَيِّنَةً ، فشَهِدَتْ أنَّها ابنَةُ أمَتِه ، أو ادَّعَى ثَمَرَةً ، فشهِدَتْ له البَيِّنَةُ أنَّها ثَمَرَةُ شَجَرَتِه ، لم يُحْكَمْ له بها ؛ لجَوَازِ أنْ تكونَ وَلَدَتْها قبل تَملُّكِها[٤٦] ، وأثْمَرَتِ الشَّجَرَةُ هذه الثَّمَرَةَ قبلَ مِلْكِه إيَّاها . وإنْ قالت البَيِّنَةُ : وَلَدتْها فى مِلْكِه ، أو أثْمَرتْها فى مِلْكِه . حُكِمَ له بها ؛ لأنَّها شَهِدَتْ أنَّها نَماءُ مِلْكِه ، [٤٥] ونَماءُ مِلْكِه[٤٥] مِلْكُه ، ما لم يَرِدْ سَبَبٌ يَنْقُلُه عنه . فإنْ قيلَ : فقد قُلْتُم : لا تُقْبَلُ شهادَتُه بالمِلْكِ السَّابِقِ ، على الصَّحِيحِ ، وهذه شَهادَةٌ بمِلْكٍ سابقٍ . قُلْنا : الفَرْقُ بينَهما ، على تَقْدِيرِ التَّسْلِيمِ ، أنَّ النَّماءَ تَابعٌ للمِلْكِ فى الأصْلِ ، فإثْباتُ مِلْكِه فى الزَّمَنِ الماضِى على وَجْهِ التَّبَعِ ، وجَرَى مَجْرَى ما لو قال : مَلَكْتُه منذُ سَنَةٍ . وأقامَ البَيِّنَةَ بذلك ، فإنَّ مِلْكَه يَثْبُتُ فى الزَّمَنِ الماضِى تَبعًا للحَالِ ، ويكونُ له النَّماءُ فيما مَضَى ، ولأنَّ البَيِّنَةَ هٰهُنا شَهِدَتْ بسَبَبِ المِلْكِ ، وهو وِلادَتُها ، أو وُجُودُها فى مِلْكِه ، فقَوِيَتْ بذلك ، ولهذا لو شَهِدَتْ بالسَّبَبِ فى الزَّمَنِ الماضِى ، فقالتْ : أقْرَضَه ألفًا ، أو بَاعَه . ثَبَتَ[٤٧] المِلْكُ وإنْ لم يذكُرْه ، فمع

١٤٩/١١و ذِكْرِه أوْلَى . وإنْ شَهِدَتْ له البَيِّنَةُ أنَّ هذا / [٤٨] الغَزْلَ من قُطْنِه[٤٨] ، وهذا الدَّقِيقَ من حِنْطَتِه ، أو أنَّ[٤٩] هذا الطَّائِرَ من بَيْضَتِه ، حُكِمَ له به وإنْ لم يُضِفْهُ إلى مِلْكِه ؛ لأنَّ الغَزْلَ

(٤٥ – ٤٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٦) فى ا ، ب : « أن يملكها » .

(٤٧) فى الأصل : « ثلث » تحريف .

(٤٨ – ٤٨) فى الأصل ، ا ، ب : « القطن من غزله » .

(٤٩) فى م : « وأن » .

عَيْنُ القُطْنِ ، وإنَّما تَغَيَّرتْ صِفَتُه ، والدَّقِيقَ أجْزَاءُ الحِنْطَةِ تفَرَّقَتْ ، والطَّيْرَ هو أجْزَاءُ البَيْضَةِ اسْتَحَالَ ، فكأنَّ البَيِّنَةَ قالت : هذا غَزْلُه ودَقِيقُه وطَيْرُه . وليس كذلك الوَلَدُ[٥٠] والثَّمَرَةُ ، فإنَّهما غيرُ الأُمِّ والشَّجَرَةِ . ولو شَهِدَا[٥١] أنَّ هذه البَيْضَةَ من طَيْرِه ، لم يُحْكَمْ له بها حتى يقُولَا : باضَها فى مِلْكِه . لأنَّ البَيْضَةَ غيرُ الطَّيْرِ ، وإنَّما هى من نَمَائِه ، فهى كالوَلَدِ . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كُلِّه كما ذكَرْنا .

فصل : وإذا كانَتْ فى يَدِ زيدٍ دَارٌ ، فادَّعَاها عمرٌو ، وأقَامَ بَيِّنَةً أنَّه اشْتَرَاها من خالدٍ بثَمَنٍ مُسَمًّى نَقَدَه إيَّاه ، أوْ أنَّ خَالِدًا وَهَبَه تِلْكَ الدَّارَ ، لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه بهذا حتى يُشْهِدَ أن خَالِدًا باعَه إيَّاها ، أو وَهَبَهاله وهو يَمْلِكُها ، أو يُشْهِدَ أنَّها دَارُ عمرٍو اشْتَراها من خالدٍ ، أو يُشْهِدَ أنَّه بَاعَها أو وَهَبَها له ، وسَلَّمَها إليه . وإنَّما لم تُسْمَعِ البَيِّنَةُ بمُجَرَّدِ الشِّرَاءِ والهِبَةِ ؛ لأنَّ الإنسانَ قد يَبِيعُ مالا يَمْلِكُه ويَهَبُه ، فلا تُقْبَلُ شهادتُهم به ، فإنِ انْضَمَّ إلى ذلك الشهادةُ للبَائِعِ بالمِلْكِ ، أو شَهِدُوا للمُشْتَرِى بالمِلْكِ ، أو شَهِدُوا بالتَّسْلِيمِ ، فقد شَهِدُوا بتقَدُّمِ اليَدِ ، أو بالمِلْكِ للمُدَّعِى ، أو لمن بَاعَه ، فالظَّاهِرُ أنَّه مِلْكُه ؛ لأنَّ اليَدَ تدُلُّ على المِلْكِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وإنَّما قَبِلْنَاها وهى[٥٢] شهادَةٌ بمِلْكٍ ماضٍ ؛ لأنَّها شَهِدَتْ بالمِلْكِ مع السَّبَبِ ، والظَّاهِرُ اسْتِمْرَارُه ، بخِلَافِ ما إذا لم يُذْكَرِ السَّبَبُ .

فصل : وإذا كان فى يَدِ رَجُلٍ طِفْلٌ لا يُعبِّرُ عن نَفْسِه ، فادَّعى أنَّه مَمْلُوكُه ، قُبِلَتْ دَعْوَاهُ ، ولم يُحَلْ بيْنَه وبيْنَه ؛ لأنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ ، والصَّبِىُّ ما لم يُعَبِّرْ عن نَفْسِه ، فهو كالبَهِيمَةِ والْمَتاعِ[٥٣] ، إلَّا أنْ يُعْرَفَ أنَّ[٥٤] سَبَبَ يدِه غيرُ المِلْكِ ، مثل أنْ يلْتَقِطَه ، فلا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لرِقِّه ؛ لأنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، / وأمَّا غيرُه فقد وُجِدَ فيه دليلُ المِلْكِ من ١١/١٤٩ظ غَيْرِ مُعارِضٍ ، فيُحْكَمُ برِقِّه . فإذا بَلَغَ ، فادَّعَى الحُرِّيَّةَ ، لم تُقْبَلْ دَعْوَاهُ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ

---

(٥٠) فى م : « بالولد » .

(٥١) فى م : « شهد » .

(٥٢) سقط من : ا .

(٥٣) فى الأصل : « والمباع » .

(٥٤) سقط من : الأصل .

برقِّه قبلَ دَعْوَاهُ . وإنْ لم يَدَّ عِ مِلْكَه ، لكنَّه[٥٥] كان يَتصرَّفُ فيه بالا سْتِخْدَامِ وغيرِه ، فهو كما لو ادَّعَى رِقَّه ، ويُحْكَمُ له[٥٦] برقِّه ؛ لأنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ . فإن ادَّعَى أجْنَبِىٌّ نَسَبَه ، لم يُقْبَلْ ؛ لما فيه من الضَّرَرِ على السَّيِّدِ ، لأنَّ النَّسَبَ مُقَدَّمٌ على الوَلاءِ فى المِيرَاثِ . فإنْ أقامَ البَيِّنَةَ بِنَسَبِه ، ثَبَتَ ، ولم يَزُلِ المِلْكُ عنه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ وَلَدَه[٥٧] وهو مَمْلُوكٌ ، بأن يَتزَوَّجَ بأَمَةٍ ، أو يُسْبَى الصَّغِيرُ ثم يُسْلِمَ أبوه ، إلَّا أنْ يكونَ الأبُ عَرَبِيًّا ، فلا يُسْتَرَقُّ ولدُه ، فى رِوَايةٍ . وهو قَوْلُ الشَّافِعِىِّ القَدِيمُ . وإنْ أقامَ بَيِّنَةً أنَّه ابنُ حُرَّةٍ ، فهو حُرٌّ ؛ لأنَّ وَلَدَ الحُرَّةِ لا يكونُ إلَّا حُرًّا . وإنْ كان الصَّبِىُّ مُمَيِّزًا ، يُعبِّرُ عن نَفْسِه ، فادَّعَى مَنْ هو فى يَدِه رِقَّهُ ، ولم يُعْرَفْ تَقَدُّمُ اليَدِ عليه قبلَ تَمْيِيزِه[٥٨] ، إلَّا أنَّنا[٥٩] رَأَيْناهُ فى يَدِه وهما يَتنازَعان ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدُهما ، لا يَثْبُتُ مِلْكُه عليه ؛ لأنَّه مُعْرِبٌ عن نَفْسِه ، ويدَّعِى الحُرِّيَّة ، أشْبَهَ البَالِغَ . والثَّانِى ، يَثْبُتُ مِلْكُه عليه ؛ لأنَّه صَغِيرٌ ادَّعَى مِلْكَه[٦٠] وهو فى يَدِه ، فأشْبَهَ الطِّفْلَ . فأمَّا البَالِغُ إذا ادَّعَى رِقَّه فأنْكَرَ ، لم يَثْبُتْ رِقُّه إلَّا ببَيِّنَةٍ . وإنْ لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه فى الحُرِّيَّة ؛ لأنَّها الأصْلُ . وهذا الفَصْلُ بجَمِيعِه مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحَابِ الرَّأْىِ ، إلَّا أنَّ أصْحَابَ الرَّأْىِ قالوا : مَتَى أقامَ إنسانٌ بَيِّنَةً أنَّه ولدُه ، ثَبَتَ النَّسَبُ والحُرِّيَّةُ ؛ لأنَّ ظُهُورَ الحُرِّيَّةِ فى وَلَدِ الحُرِّ أكثرُ من احْتِمالِ الرِّقِّ الحَاصِلِ باليَدِ ، لا سِيَّما إذا لم يُعْرَفْ من الرَّجُلِ كُفْرٌ ، ولا تَزَوُّجٌ بأمَةٍ ، فلا يَبْقَى[٦١] احْتِمالُ الرِّقِّ . وهذا القَوْلُ هو الصَّوَابُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وإنْ ادَّعَى اثْنَانِ رِقَّ بالِغٍ فى أيْدِيهما ، فأنْكَرَهما ، فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه . وإنْ
١١/١٥٠و اعْتَرَفَ لهما بالرِّقِّ ، ثبتَ رِقُّه . فإن ادَّعاه كُلُّ /وَاحِدٍ منهما لِنَفْسِه ، فاعْتَرَفَ لأحَدِهما ، فهو لِمَن اعْتَرَفَ له . وبهذا قالَ الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ بينهما نِصْفَيْن ؛ لأنَّ

---

(٥٥) فى م : « لأنه » .
(٥٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٥٧) سقط من : الأصل .
(٥٨) فى الأصل : « تميزه » .
(٥٩) فى م زيادة : « إن » .
(٦٠) فى ا ، ب ، م : « رقه » .
(٦١) فى ا ، ب ، م : « ينفى » .

يدَهما عليه ، فأشْبَهَ الطِّفْلَ والثَّوْبَ . ولَنا ، أنَّه إنَّما[٦٢] حكمَ برِقِّه باعْتِرافِه ، فكان مَمْلُوكًا لمن اعْتَرَفَ له ، كما لو لم تكُنْ يَدُه عليه . ويُخالِفُ الثَّوْبَ والطِّفْلَ ؛ فإنَّ المِلْكَ حَصَلَ فيهما باليَدِ ، وقد تساوَيا فيها[٦٣] ، وهٰهُنا حَصَلَ بالاعْتِرَافِ ، وقد اخْتَصَّ به أحدُهما ، فكان مُخْتَصًّا به . فإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً أنَّه مَمْلُوكُه ، تعارَضَتا ، وسَقَطَتا ، أو يُقْرَعُ[٦٤] بينَهما ، أو يُقْسَمُ بينَهما[٦٥] ، على ما مَضَى من التَّفْصِيلِ فيه . فإنْ قُلْنا بسُقُوطِهما ، ولم يعْتَرِفْ لهما بالرِّقِّ ، فهو حُرٌّ ، وإنْ اعْتَرَفَ لأحَدِهما ، فهو لمَن اعْتَرَفَ له ، وإنْ أقرَّ لهما معًا ، فهو بينهما ؛ لأنَّ البَيِّنَتَيْن سَقَطَتا ، وصارَتا كالمَعْدُومَتَيْن . فإنْ قُلْنا بالقُرْعَةِ أو القِسْمَة ، فأنْكَرَهما ، لم يُلْتفَتْ إلى إنْكَارِه ، وإنْ اعْتَرَفَ لأحَدِهما ، لم يُلْتفَتْ إلى اعْتِرَافِه ؛ لأنَّ رِقَّهُ ثَابتٌ بالبَيِّنَةِ ، فلم تَبْقَ له يَدٌ على نَفْسِه ، كما قُلْنا فيما إذا ادَّعَى رَجُلان دَارًا في يدِ ثَالِثٍ ، وأقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً أنَّها مِلْكُه ، واعْتَرَفَ أنَّها ليستْ له ، ثم أقرَّ أنَّها[٦٦] لأحَدِهما ، لم يَرْجُحْ بإقْرارِه .

فصل : ولو كان في يَدِه صَغِيرَةٌ ، فادَّعَى نِكاحَها ، لم يُقْبَلْ منه ، ولا يُخْلَى بينَها وبينَه . ولو ادَّعَى رِقَّها قُبِلَ منه ، إذا كانت طِفْلَةً لا تُعَبِّرُ عن نَفْسِها ؛ لأنَّ اليَدَ دَلِيلُ المِلْكِ ، وأمَّا المُدَّعِي للنِّكَاحِ[٦٧] ، فهو مُقِرٌّ بحُرِّيَّتِها ، أو بأنَّها غيرُ مَمْلُوكَةٍ له ، واليَدُ لا تثْبُتُ على الحُرِّ ، فإذا كبِرَتْ فاعْتَرَفَتْ له بالنِّكَاحِ ، قُبِلَ إقْرَارُها .

فصل : ولو ادَّعَى مِلْكَ عَيْنٍ ، وأقامَ به بيِّنَةً ، وادَّعَى آخَرُ أنَّه باعَها منه ، أو وَهَبَها إيَّاهُ ، أو وَقَفَها عليه ، أو ادَّعَتْ امرأتُه أنَّه أصْدَقَها إيَّاهَا ، أو أعْتَقَها ، وأقَامَ بذلك بَيِّنَةً ، قُضِيَ له بها . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ هذا شَهِدَتْ بأمْرٍ[٦٨] خَفِيَ على البَيِّنَةِ الأُخْرَى ، والبَيِّنَةُ الأُخْرَى شَهِدَتْ بالأَصْلِ ، فيُمْكِنُ أنَّه كان مِلْكَه ، ثم صَنَعَ به ما

---

(٦٢) سقط من : ا .

(٦٣) في م : « فيه » .

(٦٤) في م : « ويقرع » .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) في الأصل : « بها » .

(٦٧) في ب : « النكاح » .

(٦٨) في ا : « بما » .

شَهِدَتْ به البَيِّنَةُ الأُخْرَى . ولو مات رجلٌ ، وتَرَكَ(٦٩) دارًا ، فادَّعَى ابنُه أنَّه خَلَّفَها مِيرَاثًا ، وادَّعَتِ امْرَأَتُه أنَّه أصْدَقَها / إيَّاهَا ، وأقاما بذلك بَيِّنَتَيْن ، حُكِمَ بها للمَرْأةِ ، لأنَّها تَدَّعِى أمْرًا زَائِدًا خَفِىَ على بَيِّنَةِ الابْنِ ، وسَواءٌ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بالشِّرَاءِ وما فى مَعْناه ، بأنَّه باعَ مِلْكَه أو ما فى يَدِه ، أو لم تَشْهَدْ بذلك ، وسَواءٌ شَهِدَتْ بالبَيْعِ والقَبْضِ ، أو لم تَذْكُرِ القَبْضَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَثْبُتُ المِلْكُ للمُشْتَرِى ، ولا تُزالُ يَدُ البَائِعِ ، إلَّا أنْ تَشْهَدَ البَيِّنَةُ بأنَّه بَاعَ مِلْكَه أو ما فى يَدِه ؛ لأنَّ البَيْعَ المُطْلَقَ ليس بحُجَّةٍ ؛ لأنَّه قد يَبِيعُ ما لا يَمْلِكُ . ولَنا ، أنَّ بَيِّنَةَ البائِعِ أثبتَتْ المِلْكَ له ، فإذا قامتْ(٧٠) بَيِّنَةُ الشِّرَاءِ عليه ، كانتْ حُجَّةً عليه فى إزَالَةِ مِلْكِه عنها إلى المُشْتَرِى ، فوَجَبَ القَضَاءُ له بها . ولو ادَّعَى إنسانٌ دارًا فى يَدِ رَجُلٍ أنَّها لى منذُ سنةٍ ، وأقامَ بهذا بَيِّنَةً ، فجاءَ ثالِثٌ ، فادَّعَى أنَّه اشْتَرَاها من مُدَّعِيها منذُ سَنَتَيْن ، وأقامَ بهذا بَيِّنَةً ، ثَبَتَتْ(٧١) لِمُدَّعِى الشِّرَاءِ ، وليس فى شهادَةِ البَيِّنَةِ الأُولَى أنَّه تملَّكَها منذُ سَنَةٍ ، ما يُبْطِلُ أنَّها له منذُ سَنَتَيْن ؛ لأنَّه لا تنافِىَ بين مِلْكِها منذُ سَنَتَيْن ، ومِلْكِها منذُ سَنَةٍ ، فإنَّ المالِكَ منذُ سَنَتَيْن ، يستَمِرُّ مِلْكُه فى السَّنَةِ الثَّانِيَةِ . فإنْ قالتْ بَيِّنَةُ الشِّرَاءِ : وهو(٧٢) مَالِكُها . ثَبَتَ المِلْكُ ، بغيرِ خِلافٍ ، وإنْ لم تَقُلْ ذلك ، كان فيه من الخِلافِ ما قد ذَكَرْنَاه .

فصل : ولو ادَّعَى رَجُلٌ مِلْكَ دَارٍ فى يَدِ آخَرَ ، وادَّعَى صَاحِبُ اليَدِ أنَّها فى يَدِه منذُ سَنَتَيْن ، وأقام كُلُّ وَاحِدٍ منهما بَيِّنَةً بدَعْوَاهُ ، فهى لمُدَّعِى المِلْكِ ، بلا خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه لا تَنَافِىَ بينَ الدَّعْوَتَيْن ولا البَيِّنَتَيْن ، لأنَّها قد تكونُ مِلْكًا له وهى فى يَدِ الآخَرِ . وإنْ ادَّعى دَابَّةً أنَّها له منذُ عشرِ سِنينَ ، وأقامَ بهذا بيِّنَةً ، فوُجِدَتِ الدَّابَّةُ لها أقلُّ من عشرِ سِنِينَ ، فالْبَيِّنَةُ كاذِبَةٌ ، والدَّابَّةُ لمَنْ هى فى يَدِه .

فصل : وإذا شَهِدَ شاهِدان على رجلٍ أنَّه أقرَّ لفُلان بأَلْفٍ ، وشَهِدَ أحدُهما أنَّه قَضَاهُ ،

---

(٦٩) فى ب زيادة : « تركة » .

(٧٠) فى م : « أقامت » .

(٧١) فى الأصل ، ا ، م : « ثبت » .

(٧٢) سقطت الواو من : م .

ثَبتَ الإقْرَارُ ، فإنْ حَلَفَ مع شاهِدِه[٧٣] على القَضَاءِ ، ثَبتَ ، وإلَّا حَلفَ المُقَرُّ له أنَّه لم يَقْضِه ، ويثْبُتُ[٧٤] له الألْفُ . وإنْ شَهِدَ أحدُهما أنَّ له عليه ألْفًا ، وشَهِدَ الآخَرُ أنَّه قَضَاهُ ألفًا ، لم[٧٥] تَثْبُتْ عليه الألْفُ ؛ لأنَّ شاهِدَ القَضاءِ لم يَشْهَدْ بألِفٍ عليه ، وإنَّما تَضَمَّنَتْ شَهادَتُه أنَّها كانت عليه ، /والشَّهادَةُ لا تُقْبَلُ إلَّا صَرِيحَةً ، بخِلافِ المسْألَةِ الأُولَى ، فإنَّ ١١/١٥١و
البَيِّنَةَ أثبَتَتْ الألفَ بشهادَتِها الصَّرِيحَةِ بها . ولو ادَّعَى أنَّه أقْرَضَه ألفًا ، فقال : لا يَسْتَحِقُّ علىَّ شيْئًا . فأقامَ بَيِّنَةً بالقَرْضِ ، وأقامَ المُدَّعَى عليه بَيِّنَةً أنَّه قَضاهُ ألفًا ، ولم يُعْرَفِ التَّاريخُ ، بَرِئَ بالقَضاءِ ؛ لأنَّه لم يثْبُتْ عليه إلا ألفٌ واحِدٌ ، ولا يكونُ القَضاءُ إلَّا لما عليه ، فلهذا جُعِلَ القَضاءُ للألفِ الثَّابتَةِ[٧٦] . وإنْ قال : ما أقْرَضْتَنِى[٧٧] . ثم أقامَ بَيِّنَةً بالقَضاءِ ، لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه [٧٨]فى أنَّه قَضَاهُ القَرْضَ[٧٨] ؛ لأنَّه بإنْكَارِه القَرْضَ تعَيَّن صَرْفُها إلى قَضاءِ غيرِه . ولو لم يُنْكِرِ القَرْضَ ، إلَّا أنَّ بَيِّنَةَ القَضاءِ كانت مُؤَرَّخَةً بتَارِيخٍ سَابِقٍ على القَرْضِ ، لم يجُزْ صَرْفُها إلى قَضَاءِ القَرْضِ ؛ لأنَّه لا يُقْضَى القَرْضُ قبلَ وُجودِه .

١٩٣٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ ، وَخلفَ وَلَدَيْنِ مُسْلِمًا وَكَافِرًا ، فَادَّعَى المُسْلِمُ أنَّ أبَاهُ مَاتَ مُسْلِمًا ، وَادَّعَى الْكَافِرُ أنَّ أبَاهُ مَاتَ كَافِرًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَافِرِ مَعَ يَمِينِه ؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ باعْتِرَافِهِ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، مُعْتَرِفٌ[١] أنَّ[٢] أَبَاهُ كَانَ كَافِرًا ، مُدَّعٍ[٣] لِإسْلَامِهِ . وَإنْ لَمْ يَعْتَرِفْ بِأُخُوَّةِ الْكَافِرِ ، وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ بِأُخُوَّتِهِ ، كَانَ الْمِيْرَاثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ؛ لِتَسَاوِى أَيْدِيهِمَا**)

وجملتُه أنَّه إذا مات رجلٌ ، لا يُعْرَفُ دِينُه ، وخَلَّفَ تَرِكَةً وابْنَيْن ، يَعْتَرِفان أنَّه أبُوهما ،

---

(٧٣) فى الأصل ، ا ، م : « شاهد » .
(٧٤) فى الأصل : « وثبت » .
(٧٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .
(٧٦) فى الأصل ، ا : « الثانية » .
(٧٧) فى ب : « أقرضنى » .
(٧٨ – ٧٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١) فى ب ، م : « يعترف » .
(٢) فى م : « بأن » .
(٣) فى م : « مدعيا » .

أحدُهما مُسْلمٌ ، والآخرُ كَافِرٌ ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه مات على دِينِه ، وأنَّ المِيرَاثَ له دونَ أخِيه ، فالمِيراثُ للكافِرِ ؛ لأنَّ دَعْوَى المُسْلِمِ لا تَخْلُو من أنْ يَدَّعِيَ كَوْنَ المَيِّتِ مُسْلِمًا أصْلِيًّا ، فيجبَ كونُ أوْلَادِه مُسْلِمِين ، ويكونَ أخُوهُ الكَافِرُ مُرْتَدًّا، وهذا خِلافُ الظَّاهِرِ ، فإنَّ المُرْتَدَّ لا يُقَرُّ على رِدَّتِه فى دَارِ الإِسْلَامِ . أو يقولَ : إنَّ أبَاه كان كَافِرًا ، فأسْلَمَ قبلَ مَوْتِه . فهو مُعْتَرِفٌ بأنَّ الأصْلَ ما قالَه أخُوهُ ، مُدَّعٍ زَوَالَه وانْتِقالَه ، والأصْلُ بَقَاءُ ما كان عليه[4] على ما كان ، حتى يثْبُتَ زَوَالُه . وهذا معنى قَوْلِ الخِرَقِىِّ : إنَّ المسْلِمَ / باعْتِرَافِه بأُخُوَّةِ الكَافِرِ مُعْتَرِفٌ أنَّ أبَاه كان كَافِرًا ، مُدَّعٍ[5] إِسْلَامَه . وذكر ابن أبى موسى ، عن أحمدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّهما فى الدَّعْوَى سَوَاءٌ ، فالمِيرَاثُ بينهما نِصْفَيْن ، كما لو تَنازَعَ اثْنان عَيْنًا فى أيْدِيهما . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ المِيرَاثُ للمُسْلِمِ منهما . وهو قوْلُ أبى حنيفةَ ، لأنَّ الدَّارَ دارُ الإسلامِ ، يُحْكَمُ بإسْلَامِ لَقِيطِها ، ويَثْبُتُ للميِّتِ[6] فيها ، إذا لم يُعْرَفْ [7]أصْلُ دِينِه[7] ، حُكْمُ الإسلامِ ؛ فى الصَّلاةِ عليه ، ودَفْنِه ، وتَكْفِينِه من الوَقْفِ المَوْقُوفِ على أكْفَانِ مَوْتَى المسلمين ، ولأنَّ هذا حُكْمُه حُكْمُ[8] المسلمين فى تَغْسِيلِه ، والصَّلاةِ عليه ، ودَفْنِه فى مَقَابِرِ المُسْلِمين ، وسائِرِ أحْكَامِه ، فكذلك فى مِيراثِه ، ولأنَّ الإِسْلامَ يَعْلُو ولا يُعْلَى عليه[6] ، ويجوزُ أنْ يكونَ أخُوه الكافِرُ مُرْتَدًّا ، لم تَثْبُتْ عند الحَاكِمِ رِدَّتُه ، ولم يَنْتَهِ إلى الإمامِ خبرُه ، وظُهورُ الإسلامِ بناءً على هذا أكثرُ من ظُهورِ الكُفْرِ بناءً على كُفْرِ أبيه ، ولهذا جَعَلَ الشَّرْعُ أحْكَامَه أحْكامَ المسلمين ، فيما عَدَا المُتَنَازَعَ فيه . وقال القاضى : قياسُ المذهبِ أنَّا نَنْظُرُ ؛ فإنْ كانتِ التَّرِكَةُ فى أيْدِيهما ، قُسِمَتْ بينهما نِصْفَيْن ، وإنْ لم تكُنْ فى أيْدِيهما ، قُرِعَ[9] بينهما ، فمنْ قَرَعَ صَاحِبَه ، حَلَفَ ، واسْتَحَقَّ ، كما قُلْنا فيما إذا تَدَاعَيا عَيْنًا . ويقْتَضِى كَلامُه ، أنَّها إذا كانت فى يَدِ أحَدِهما ، فهى له مع يَمِينِه . وهذا لا يَصْلُحُ[10] ؛ لأنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما يعْتَرِفُ أنَّ هذه التَّرِكَةَ تَرِكَةُ هذا المَيِّتِ ، وأنَّه إنّما

١١/١٥١ ظ

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .
(٥) فى م : « مدعيا » .
(٦) سقط من : ا .
(٧ – ٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٨) فى م زيادة : « الموتى » .
(٩) فى م : « أقرع » .
(١٠) فى ا : « يصح » .

يَسْتَحِقُّها بالمِيرَاثِ ، فلا حُكْمَ لِيَدِه . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أنْ يقِفَ الأَمْرُ حتَّى يُعْرَفَ أصْلُ دِينِه ، أو يصْطَلِحَا[11] . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . ولَنا ، ما ذَكَرْناه من الدَّلِيلِ على ظُهُورِ كُفْرِه ، وعند ذلك يَتَعَيَّنُ التَّرْجِيحُ لقَوْلِه ، وصَرْفُ المِيرَاثِ إليه ، وأمَّا ظُهُورُ حُكْمِ الإِسْلَامِ فى الصَّلَاةِ عليه ؛ فلأنَّ الصَّلاةَ لا ضَرَرَ فيها على أحَدٍ ، وكذلك تَغْسِيلُه ودَفْنُه . / وأمَّا قَوْلُه : إنَّ الإسلامَ يعلُو ولا يُعْلَى . فإنَّما يعْلُو إذا ثَبَتَ ، والنِّزَاعُ فى ثُبُوتِه. ١١/١٥٢و
وهذا فيما إذا لم يَثْبُتْ[12] أصْلُ دِينِه[12] ، فأمَّا إنْ ثَبَتَ أصْلُ دِينِه ، فالقولُ قولُ مَنْ يَنْفِيه عليه مع يَمِينِه . وهذا قولُ الشَّافِعِيِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ : القَوْلُ قولُ المُسْلِمِ على كُلِّ حَالٍ ؛ لما ذَكَرَ[13] فى التى قَبْلَها . ولَنا ؛ أنَّ الأَصْلَ بَقاءُ ما كان عليه ، فكان القَوْلُ قولَ مَنْ يَدَّعِيهِ ، كسائِرِ المواضِعِ . فأمَّا إنْ لم يَعْتَرِفِ المُسْلِمُ بأُخُوَّةِ الكَافِرِ ، وادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ منهما أنَّ المَيِّتَ أبوهُ دونَ الآخَرِ ، فهما سَواءٌ فى الدَّعْوَى[14] ؛ لتَساوِى أيْدِيهما ودَعَاوِيهما ، فإنَّ المسلمَ والكَافِرَ فى الدَّعْوَى سَواءٌ ، ويُقْسَمُ مِيراثُه نِصْفَيْنِ ، كما لو كان فى أيْدِيهما دَارٌ ، فادَّعَاها كُلُّ واحِدٍ منهما ، ولا بَيِّنَةَ لهما . ويَحْتَمِلُ أنْ يُقَدَّمَ قولُ المسْلِمِ ؛ لما ذَكَرْنا . واللهُ أعلمُ .

١٩٤٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وإنْ أقَامَ الْمُسْلِمُ بَيِّنَةً أنَّه مَاتَ مُسْلِمًا ، وأقَامَ الْكَافِرُ بَيِّنَةً أنَّهُ مَاتَ كَافِرًا ، أُسْقِطَتِ الْبَيِّنَتَانِ ، وكَانَا كَمَنْ لَا بَيِّنَةَ لَهُمَا . وإنْ قَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ كَافِرًا . وقَالَ شَاهِدَانِ : نَعْرِفُهُ كَانَ مُسْلِمًا ، فَالْمِيرَاثُ لِلْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَطْرَأُ عَلَى الْكُفْرِ إذَا لَمْ يُؤَرِّخِ[1] الشُّهُودُ[2] مَعْرِفَتَهُمْ**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا خَلَّفَ المَيِّتُ وَلَدَيْنِ ؛ مُسْلِمًا وكَافِرًا ، فادَّعَى المُسْلِمُ أنَّه ماتَ مُسْلِمًا ، وأقامَ[3] بذلك بَيِّنَةً ، وأقامَ[3] الكَافِرُ بَيِّنَةً من المُسْلِمِين ، أنَّه مات كَافِرًا ، ولم

---

(١١) فى الأصل : « ويصطلحا » .
(١٢-١٢) سقط من : م .
(١٣) فى ا ، ب ، م : « ذكرنا » .
(١٤) فى الأصل ، ب ، م : « الدعوة » .
(١) فى الأصل : « يقدح » .
(٢) فى م : « شهود » .
(٣-٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب . نقل نظر .

يُعْرَفْ أصلُ دِينه ، فهما مُتَعارِضَتَان . وإنْ عُرِفَ أصلُ دِينه ، نظَرْنا فى لَفْظِ الشَّهادَة ؛ فإنْ شَهِدَت كُلُّ وَاحِدَةٍ منهما أنَّه كان آخِرُ كَلامِه التَّلَفُّظَ بما شَهِدَتْ به ، فهما مُتَعارِضَتَان ، وإنْ شَهِدَتْ إحدَاهما أنَّه مات على دِينِ الإسلامِ ، وشَهِدَتِ الأُخْرَى أنَّه مات على دينِ الكُفْرِ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ مَنْ يَدَّعِي انْتِقالَه عن دِينِه ؛ لأنَّ الْمُبقِيةَ له على أصْلِ دِينِه ، ثبتَتْ شهادَتُها على الأصْلِ الذى تعرِفُه ؛ لأنَّهما إذا عَرَفا أصْلَ دِينِه ولم يَعْرِفا انْتِقالَه عنه ، جازَ لهما أنْ يَشْهَدَا أنَّه ماتَ على دِينِه الذى / عَرفَاه ، والبَيِّنَةُ الأُخْرَى معها عِلْمٌ لم تَعْلَمْه الأُولَى ، فقُدِّمتْ عليها ، كما لو شَهِدَا[4] بأنَّ هذا العَبْدَ كان مِلْكًا لفُلانٍ إلى أنْ ماتَ ، ١٥٢/١١ظ

وشَهِدَ آخَرَان أنَّه أعْتَقَه أو بَاعَه قَبْلَ مَوْتِه ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ العِتْقِ والبَيْعِ . فأمَّا إنْ قال شاهِدَان : نَعْرِفُه [5]قبلَ مَوْتِه قد[5] كان مُسْلِمًا . وقال شاهِدَان : نعْرِفُه كان[6] كَافِرًا . نَظَرْنا فى تَارِيخِهما ؛ فإنْ كانَتَا مُؤَرَّخَتَيْن بتَارِيخَيْن مُخْتَلِفَيْن ، عُمِلَ بالآخِرةِ منهما ، لأنَّه ثبتَ أنَّه انْتَقَلَ عمَّا شَهِدَتْ به الأُولَى ، إلى ما شَهِدَتْ به الآخِرَةُ . وإنْ كانَتَا مُطْلَقَتَيْن ، أو إحدَاهما مُطْلَقَةٌ ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المسلِمِ ؛ لأنَّ المسلِمَ لا يُقَرُّ على الكُفْرِ فى دارِ الإسْلامِ ، وقد يُسْلِمُ الكافِرُ ، فيُقَرُّ . وإنْ كانَتَا مُؤَرَّخَتَيْن بتاريخٍ واحِدٍ ، نَظَرْتَ فى شَهادَتِهما ، فإنْ كانتْ على اللَّفْظِ ، فهما مُتَعارِضَتَان . وإنْ لم تكُن على اللَّفْظِ ، ولم يُعْرَفْ أصلُ دِينِه ، فهما مُتَعارِضَتَان . وإنْ عُرِفَ أصْلُ دِينِه ، قُدِّمَتِ النَّاقِلةُ له عن أصْلِ دِينِه . وكُلُّ مَوْضِعٍ تَعارَضَتِ البَيِّنَتانِ ، فقال الخِرَقِيُّ : تسقُطُ البَيِّنَتَان ، ويكُونان كمَنْ لا بَيِّنَةَ لهما . وقد ذَكَرْنا رِوَايَتَين أُخْرَيَيْن ؛ إحْداهُما ، يُقْرَعُ بينهما ، فمَنْ خرجَتْ له القُرْعَةُ ، حلَفَ ، وأخذَ . والثَّانيةُ ، تُقْسَمُ بينهما . ونحوَ هذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : تُقَدَّمُ بيِّنةُ الإسلامِ على كُلِّ حَالٍ . وقد مَضَى الكلامُ معه . وقولُ الْخِرَقِيِّ ، فيما إذا قال شاهِدان : نَعْرِفُه كان مسلمًا . وقال شاهِدان : نَعْرِفُه كان كَافِرًا . محمولٌ على مَنْ لم يُعْرَفْ أصْلُ دِينِه ، أو عُلِمَ[7] أنَّ[8] أصْلَ دِينِه الكُفْرُ . أمَّا مَنْ كان مُسْلِمًا فى الأصْلِ ، فيَنْبَغِى أنْ تُقدَّمَ بَيِّنَةُ

---

(٤) فى م : « شهد » .
(٥ - ٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٦) سقط من : ا ، ب .
(٧) فى ا : « على » .
(٨) سقط من : ب .

الكُفْرِ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الإسلامِ يَجُوزُ أنْ تَسْتَنِدَ إلى ما كان عليه فى الأَصْلِ .

فصل : وإنْ خَلَّفَ ابْنًا مُسْلِمًا ، وأخًا كافِرًا ، فاخْتَلَفا فِى دِينِه حالَ مَوْتِه[9] ، فالحُكْمُ فيها كالتى قبلَها . وهكذا سائِرُ الأقارِبِ ، إلَّا أنْ يُخَلِّفَ /[10] أبوَيْنِ وابْنَيْنِ[10] ، أو ١٥٣/١١و
غيرَهما من الأقارِبِ ، ويختلِفُون فى دِينِه ، فإنَّ كَوْنَ الأبوَيْن كافِرَيْن بمَنْزِلَةِ مَعْرِفةِ أصْلِ دِينِه ؛ لأنَّ الوَلَدَ قبلَ بُلُوغِه محْكُومٌ له بدِينِ أبوَيْه ، فيَثْبُتُ[11] أنَّه كان كافِرًا ، وأنَّ الابْنَيْن يَدَّعِيان إسْلامَه ، فيكونُ القَوْلُ قَوْلَ الأبوَيْن . وإنْ كانا[12] مُسْلِمَين ، فالقولُ قولُهما فى إسْلامِه ، لأنَّ كُفْرَه يَنْبَنِى على أنَّه كان مُسْلِمًا فارْتَدَّ ، أو أنَّ[13] أبوَيْه كانا كافِرَيْن ، فأسْلَما بعد بُلُوغِه ، والأصْلُ خِلافُه .

فصل : ولو مات مُسْلِمٌ ، وخلَّفَ زَوْجَةً ووَرَثَةً سِواهَا ، وكانتِ الزَّوْجَةُ كافِرَةً ، ثم أسْلَمَتْ ، فادَّعَتْ أنَّها أسْلَمَتْ قبلَ مَوْتِه ، فأنْكرَها الوَرَثَةُ ، فالقَوْلُ قولُ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ذلك . وإنْ لم يَثْبُتْ أنَّها كافِرَةٌ ، فادَّعَى عليها الوَرَثَةُ أنَّها كانت كافِرَةً ، فأنْكرَتْهم ، فالقَوْلُ قولُها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ما ادَّعُوه عليها . وإنْ ادَّعُوا أنَّه طَلَّقَها قبلَ مَوْتِه ، فأنْكرَتْهم ، فالقَوْلُ قولُها . وإن اعْتَرَفَتْ بالطَّلاقِ ، وانْقِضاءِ العِدَّةِ ، فادَّعَتْ أنَّه رَاجَعَها ، فالقَوْلُ قَوْلُهم . وإن اخْتَلَفُوا فى انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فالقَوْلُ قوْلُها ، فى أنَّها لم تَنْقَضِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاؤُها . ولا نَعْلَمُ فى هذا كُلِّه خِلافًا . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، وأبو ثَوْرٍ . ولو خَلَّفَ وَلَدَيْن مُسْلِمَيْن ، اتَّفقَا على أنَّ أحدَهما كان مُسْلِمًا حينَ موتِ أبيه ، وادَّعَى الآخرُ أنَّه أسْلَمَ فى حياةِ أبيه ، وجَحدَه أخُوه ، فالمِيراثُ للمُتَّفَقِ عليه ؛ لأنَّ الأصْلَ بَقاءُ الكُفْرِ إلى أنْ يُعْلَمَ زَوالُه ، وعلى أخِيه اليَمِينُ ، وتكون على نَفْيِ العِلْمِ ؛ لأنَّها على نَفْيِ فِعْلِ أخِيه ، إلَّا أنْ يكونَ ثَبَتَ أنَّه كان مُسْلِمًا قبلَ القِسْمَةِ ، فإنَّ مَنْ أسْلَمَ على مِيراثٍ قبلَ أنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ له . وإنْ كان أحَدُهما حُرًّا ، والآخرُ رَقِيقًا ، ثم عَتَقَ ، واخْتلفا

---

(٩) فى ا ، م : « الموت » .

(١٠ – ١٠) فى م : « أبوين كافرين وابنين مسلمين » .

(١١) فى م : « فثبت » .

(١٢) فى م : « كان » .

(١٣) فى الأصل ، ا ، ب : « وأن » .

فى حُرِّيَّته عندَ المَوْتِ ، فالقولُ قولُ مَنْ ينفِيها . وإنْ لم يثْبُتْ أنَّه كان رَقِيقًا ولا كَافِرًا ، فادَّعَى عليه أنَّه كان كذلك ، فأنْكَرَ ، فالقَوْلُ قولُه / ، والمِيرَاثُ بينهما ؛ لأنَّ الأَصْلَ الحُرِّيَّةُ والإِسلامُ ، وعَدَمُ ما سِواهُما . ١١/١٥٣ظ

فصل : وإنْ أسْلَمَ أحدُ الابْنَين فى غُرَّةِ شعبان ، والآخرُ[14] فى غُرَّةِ رمضان ، واخْتلَفا فى مَوْتِ أبيهما ، فقال الأَوَّلُ منهما : مات فى شعبان ، فوَرِثْتُه وَحْدِى . وقال الآخَرُ : مات فى رمضَان . فالمِيرَاثُ بينَهما ؛ لأنَّ الأَصْلَ بَقاءُ حَيَاتِه حتى يُعْلَمَ زَوَالُها . فإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً بدَعْوَاه ، ففيه وَجْهَان ؛ أحدُهما ، يتعارَضَان . والثَّانِى ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ مَوْتِه فى شَعْبان ؛ لأنَّ معها زِيادةَ عِلْمٍ ، لأنَّها بَيَّنَتْ مَوْتَه فى شعبان ، ويجوزُ أنْ يَخْفَى ذلك على الْبَيِّنَةِ الأُخْرَى .

فصل : وَإِنِ اخْتَلفا فى دارٍ ، فادَّعَى أحدُهما ، أنَّ هذه الدَّارَ[15] دارِى ، وَرِثْتُها من أَبِى . وادَّعَى الآخَرُ ، أنَّها دارُه ، وَرِثَها من أبِيهِ . وليس أحدُهما أخًا للآخَرِ ، وكانتْ فى يَدِ أحدِهما ، فهى للَّذى هى فى يَدِه ، سواءٌ كانَ مسلمًا أو كافرًا ، وإن كانتْ فى أيْدِيهما ، فهى بينَهما ، وإن كانتْ[16] لكلِّ واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، وهى فى أيْدِيهما ، تَعارَضَتا ، وكان الحُكْمُ فيها على ما قدَّمْنا فى مِثْلِها .

١٩٤١ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا مَاتَتِ امْرَأَةٌ وابْنُهَا ، فَقَالَ زَوْجُهَا : مَاتَتْ قَبْلَ ابْنِهَا ، فَوَرِثْنَاهَا ، ثمَّ مَاتَ ابْنِى ، فَوَرِثْتُهُ . وَقَالَ أخُوهَا : مَاتَ ابْنُهَا ، فَوَرِثَتْهُ ، ثمَّ مَاتَتْ ، فَوَرِثْنَاهَا . حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إبْطَالِ دَعْوَى صَاحِبِهِ ، وَكَانَ مِيرَاثُ الابْنِ لِأَبِيهِ ، وَمِيرَاثُ الْمَرْأَةِ لِأَخِيهَا وَزَوْجِهَا نِصْفَيْنِ**)

وجملتُه أنَّه إذا مَات جَماعَةٌ يَرِثُ بَعْضُهم بَعْضًا ، واخْتَلَفَ الأَحْياءُ مِنْ وَرَثَتِهم فى أسْبَقِهم بِالْمَوْتِ ، كامْرأةٍ وابْنِها ماتا ، فقال الزَّوجُ : ماتتِ الْمرأةُ أَوَّلًا ، فصارَ ميراثُها كُلُّه

---

(١٤) فى م : « وأسلم الآخر » .

(١٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٦) فى م : « كان » .

لى ولا بْنِى ، ثمَّ ماتَ ابْنِى فصار ميراثُه لى . وقال أخوها : ماتَ ابْنُها أوَّلًا ، فوَرِثَتْ ثُلثَ مالِه ، ثم ماتَتْ ، فكانَ مِيراثُها بَيْنِى وبَيْنَكَ نِصْفَيْنِ . حَلَفَ كُلُّ واحِدٍ منهما على إبْطالِ دَعْوَى صاحِبِه ، وجَعَلْنا مِيراثَ كلِّ واحِدٍ منهما للأحْياءِ مِن وَرَثَتِه ، دُونَ مَنْ ماتَ مَعَه ؛ لأنَّ سَبَبَ اسْتِحْقاقِ / الحىِّ مِنْ مَوْرُوثِه مَوجُودٌ ، وإنَّما يَمْتَنِعُ لبقـاءِ[1] مَوْرُوثِ الآخَرِ بعدَه ، وهذا أمْرٌ مَشْكُوكٌ فِيه ، فلا نَزُولُ عن اليَقِينِ بالشَّكِّ ، فيكونُ مِيراثُ الابْنِ لأبِيه ، لا مُشَارِكَ له فيه ، ومِيراثُ الْمَرْأةِ بينَ أخِيها وزَوْجِها نِصْفَيْنِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فإنْ قِيلَ : فقد أعْطَيْتُم الزَّوجَ النِّصْفَ[2] ، وهو لا يَدَّعِى إلَّا الرُّبْعَ . قُلْنا : بل هو مُدَّعٍ له كلِّه ؛ رُبْعِه بمِيرَاثِه منها ، وثلاثةِ أرْباعِه بإرْثِه مِن ابنِه . قال أبو بَكْرٍ : وقدْ ثَبَتَتِ البُنُوَّةُ بيقينٍ ، فلا يُقْطَعُ مِيراثُ الْأَبِ منه إلَّا ببَيِّنَةٍ تقُومُ لِلْأَخِ . وهذا تَعْلِيلٌ لِقَوْلِ الْخِرَقِىِّ فى هذه المسْألةِ . وذَكَرَ قَوْلًا آخَرَ ، أنَّهُ يَحْتَمِلُ أنَّ المِيراثَ بينَهما نِصْفَيْن . قال : وهذا اخْتِيارِى أنَّ كلَّ رَجُلَينِ ادَّعَيا ما لا يُمْكِنُ صِدْقُهما فِيه ، فهو بينَهما نِصْفَينِ . وهذا لا يُدْرَى ما أرادَ به ؛ إنْ أرادَ أنَّ مالَ المَرْأةِ بينَهما نِصْفَيْن ، فهو قولُ الْخِرَقِىِّ ، وليس بقولٍ آخرَ ، وإنْ أرادَ أنَّ مالَها ومالَ[3] الابْنِ بينَهما نِصْفَين ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه يُفْضِى إلى إعْطاءِ الأخِ ما لا يَدَّعِيه ، ولا يَسْتَحِقُّه يَقِينًا ؛ لأنَّه لا يَدَّعِى مِنْ مالِ الابْنِ أكثرَ من سُدسِه ، ولا يُمْكِنُ أنْ يَسْتَحِقَّ أكثرَ مِنه ، وإنْ أرادَ أنَّ ثُلثَ مالِ الابْنِ يُضَمُّ إلى مالِ المرأةِ ، فيَقْتَسِمانِه نِصْفَيْنِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ نِصفَ ذلك للزَّوْجِ باتِّفاقٍ منهما ، لا يُنازِعُه الأخُ فيه ، وإنَّما النِّزاعُ بينهما فى نِصْفِه . ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ هذا مُرادَه[4] ، كما لو تنازَعَ رجلانِ دارًا فى أيْدِيهما ، فادَّعاها أحدُهما كُلَّها ، وادَّعَى الآخَرُ نِصفَها ، فإنَّها تُقْسَمُ بينهما نِصْفَيْنِ ، وتكونُ اليَمِينُ على مُدَّعِى النِّصْفِ ، إلَّا أنَّ الفَرْقَ بينَ هذه المسْألةِ وتلك ، أنَّ الدَّارَ فى أيْدِيهما ، فكُلُّ واحِدٍ منهما فى يَدِه نِصْفُها ، فمُدَّعِى النِّصْفِ يدَّعِيه وهو[5] فى يَدِه ، فقُبِلَ قولُه فيه مع يَمِينِه ، وفى مسألَتِنا

١٥٤/١١ و

(١) فى ب : « إبقاء » .

(٢) فى م : « نصف ميراث المرأة » .

(٣) فى ب : « أو مال » .

(٤) فى م زيادة : « كما لو تنازع الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفى » .

(٥) فى ب ، م : « وهى » .

يَعْتَرِفانِ أنَّ هذا ميراثٌ عن الميِّتَيْنِ ، فلا يَدَ لأحدِهما عليه ؛ لاعْتِرافِهما بأنَّه لم يكُنْ لهما ، وإنَّما هو مِيراثٌ يَدَّعِيانِه مِن[٦] غَيْرِهما ، وإنْ أرادَ[٧] / أنَّه[٨] يُضَمُّ سُدسُ مالِ الابْنِ إلى ١١/١٥٤ظ
نِصْفِ مالِ المَرْأةِ ، فيُقْسَمُ بينهما نِصْفَيْنِ ، فلَه وَجْهٌ ؛ لأنَّهما تساوَيا فى دَعْواه ، فيُقْسَمُ بينَهما ، كما لو تنازَعا دابَّةً فى أيْدِيهما ، وعلى كُلِّ واحِدٍ منهما اليَمِينُ فيما حُكِمَ له به . والذى يَقْتَضِيه قولُ أصْحَابِنا فى الغَرْقَى والهَدْمَى ، أنْ يكونَ سُدسُ مِيراثِ الابْنِ لِلأخِ ، وباقى المِيراثَيْنِ للزَّوْجِ ؛ لأنَّنا نُقَدِّرُ أنَّ المرأةَ ماتَتْ أوَّلًا ، فيكونُ مِيراثُها [٩]لابْنِها وزَوْجِها ، ثم ماتَ الابْنُ ، فوَرِثَ الزَّوْجُ كُلَّ ما فى يدِه ، فصارَ مِيراثُها[٩] كلُّه لِزَوْجِها ، ثم نُقَدِّرُ أنَّ الابْنَ ماتَ أوَّلًا ، فوَرِثَه أبَواهُ ؛ لِأُمِّه الثُّلثُ ، ثمَّ ماتَتْ ، فصار الثُّلثُ بَيْنَ أخِيها وزَوْجِها نِصْفَيْنِ ، لِكُلِّ واحِدٍ منهما السُّدسُ ، فلم يَرِثِ الأخُ إلَّا سُدسَ مالِ الابْنِ ، كما ذَكَرْنا . ولعلَّ هذا[١٠] القولَ يَخْتَصُّ بِمَنْ جُهِلَ مَوْتُهما ، واتَّفَقَ وُرَّاثُهما[١١] على الجَهْلِ به . والقَوْلانِ المُتَقَدِّمان ؛ قولُ الخِرَقِىِّ ، وقَوْلُ أبى بَكْرٍ ، فيما إذا ادَّعَى وَرَثَةُ كُلِّ مَيِّتٍ أنَّه ماتَ أخِيرًا ، وأنَّ الآخَرَ ماتَ قَبْلَهُ ، فإنْ كان لِأحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ بما ادَّعاهُ ، حُكِمَ بها ، وإنْ أقاما بَيِّنَتَيْنِ ، تعارَضَتا ، وهل تَسْقُطانِ ، [١٢]أو يُقْرَعُ[١٢] بينهما ، أو يَقْتَسِمان ما اخْتَلَفَا فيه ؟ يُخَرَّجُ على الرِّواياتِ الثَّلاثِ . واللهُ أعلم .

فصل : ولو كان فى يَدِ رجلٍ دارٌ ، فادَّعَتِ امْرَأتُه أنَّه أصْدَقَها إيَّاها ، أو أنَّها اشْتَرَتْها منه ، فأنْكَرَها ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ القَوْلَ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِهِ . وإنْ أقامَ كُلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةً ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ المَرْأةِ ؛ لأنَّها تَشْهَدُ بزيادَةٍ خَفِيَتْ على بَيِّنَةِ الزَّوْجِ . وإنْ ماتَ الرجلُ ، وخَلَّفَ ابنًا ، فادَّعَى الابْنُ أنَّه خَلَّفَ الدَّار مِيراثًا ، وادَّعَتِ المَرْأةُ أنَّه

---

(٦) فى م : « عن » .

(٧) فى ب ، م : « أرادا » .

(٨) فى ب ، م : « أن » .

(٩ – ٩) سقط من : ا . نقل نظر .

(١٠) سقط من : ا .

(١١) فى ا : « وارثهما » .

(١٢ – ١٢) فى م : « أو تستعملان فيقرع » .

أَصْدَقَها إِيَّاها ، أو باعَها إِيَّاها ، وأقاما بَيِّنَتَيْنِ ، قُدِّمَت بَيِّنَةُ المَرْأةِ ؛ لذلك ، فإنْ لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ، فالقَوْلُ قَوْلُ الابْنِ مع يَمِينِه . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا .

١١/١٥٥و **فصل** : إذا ادَّعَى رجلٌ أنَّه أكْرَى[(١٣)] بَيْتًا[(١٤)] فى دارِه[١٤)] لرجُلٍ/ شَهْرًا بعشرةٍ ، فادَّعَى الرجلُ أنَّه اكْتَرَى الدَّارَ كُلَّها بعشرةٍ ، ذلك الشَّهْرَ ، ولا بَيِّنَةَ لِواحِدٍ منهما ، فقد اخْتَلَفا فى صِفَةِ العَقْدِ، [(١٥)] إلَّا أنَّهما اخْتلَفا[١٥)] فى قَدْرِ المُكْتَرَى، فَيَتَحالَفانِ ، وقد مَضَى حُكْمُ التَّحالُفِ فى البَيْعِ[(١٦)] . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ ، فيما إذا ادَّعَى البائِعُ أنَّه باعَه عَبْدَه هذا بعشرةٍ ، وقال المُشْتَرِى : بَلْ هو والعَبْدُ الآخَرُ بعشرةٍ . فالقَوْلُ قولُ البائِعِ مع يَمِينِه . ولم يَجْعَلْ بينهما تحالُفًا ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يدَّعِى بَيْعًا فى العَبْدِ الزَّائِدِ ، يُنْكِرُه البائِعُ ، والقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ . وهذا مِثْلُهُ . فعلى هذا يكونُ القَوْلُ قَوْلَ المُكْرِى[(١٧)] مع يَمِينِه إذا عُدِمَتِ البَيِّنَةُ . فإنْ أقامَ أحَدُهما بِدَعْواه بَيِّنَةً ، حُكِمَ له ، وإنْ كان مع كُلِّ واحِدٍ منهما[(١٨)] بَيِّنَةٌ ، تعارَضَتا ، سواءٌ كانتا مُطْلَقَتَيْنِ ، أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بتارِيخٍ واحِدٍ ، أو إحْداهُما مُؤَرَّخَةٌ والأُخْرَى مُطْلَقَةٌ ؛ لأنَّ العَقْدَ على البَيْتِ مُفْرَدًا ، وعلى الدَّارِ كُلِّها ، فى زَمَنٍ واحِدٍ ، مُحالٌ ، فإنْ قُلْنا : تَسْقُطَانِ . فالحُكْمُ فيه كما لو لم يكُنْ بينَهما بَيِّنةٌ ، وإنْ قُلْنا : يُقْرَعُ بينَهما . قَدَّمْنا قَوْلَ مَنْ تَقَعُ له القُرْعَةُ . وهذا قَوْلُ القاضى ، وظاهِرُ مذهبِ الشَّافِعِىِّ . وعلى قَوْلِ أبى الخَطَّابِ ، تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ المُكْتَرِى ؛ لأنَّها تَشْهَدُ بزيادةٍ . وهو قَوْلُ بعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ . فإنْ قِيلَ: فهَلَّا أوْجَبْتُم الأُخْرَيَيْنِ معًا على المُكْتَرِى، كما قُلْتُم فيما إذا قامَتِ البَيِّنَةُ أنَّه تَزَوَّجَها يومَ الخَمِيسِ بألْفٍ ، وقامت[(١٩)] البيِّنَةُ الأُخْرَى[١٩)] أنَّهُ تَزَوَّجَها يومَ الجُمعةِ بمائةٍ : يجِبُ المَهْرَانِ ؟ قُلْنا : ثمَّ يجوزُ أنْ يكونَ المَهْرَانِ مُسْتَقِرَّيْنِ ، بأنْ يَتَزَوَّجَها يومَ الخميسِ ، ويَدْخُلَ بها، ثم يُخَالِعَها ، ثم يَتَزَوَّجَها يومَ الجُمعةِ . وأمَّا الأُجْرَةُ ،

---

(١٣) فى م : « اكترى » .

(١٤-١٤) فى م : « من دار » .

(١٥-١٥) سقط من : م .

(١٦) تقدم فى : ١٤١/٨ ، ١٤٢ .

(١٧) فى ب : « المكترى » .

(١٨) سقط من : م .

(١٩-١٩) فى ا ، ب ، م : « بينة أخرى » .

فلا تَسْتَقِرُّ إلَّا بمُضِيِّ الزَّمانِ ، فإذا عَقَدَ عَقْدًا قبلَ مُضِيِّ المُـدَّةِ ، لم يجزْ أَنْ تَجبَ الْأُجْرَتَانِ .

١٩٤٢ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رَجُلٍ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ صَبِيٍّ أَلْفًا ، وَشَهِدَ آخَرَانِ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ ، أَنَّهُ أَخَذَ مِنَ الصَّبِيِّ أَلْفًا ، كَانَ عَلَى وَلِيِّ / الصَّبِيِّ أَنْ يُطَالِبَ أَحَدَهُمَا بِالْأَلْفِ ، إلَّا أَنْ تَكُونَ كُلُّ بَيِّنَةٍ لَمْ تَشْهَدْ بِالْأَلْفِ الَّتِى**[1] **شَهِدَتْ بِهَا**[2] **الْأُخْرَى ، فَيَأْخُذَ الوَلِيُّ الْأَلْفَيْنِ**) ١١/١٥٥ظ

أَمَّا إذا كانتْ كُلُّ بَيِّنَةٍ شَهِدَتْ بِأَلْفٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، فإنَّ الوَلِيَّ يُطَالِبُ بالأَلْفَيْنِ جميعًا ؛ لأَنَّ كُلَّ واحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ ثَبَتَ عليه أَحَدُ الْأَلْفَيْنِ ، فَيَلْزَمُه أداؤُه[3] ، وعلى الوَلِيِّ المُطالَبَةُ[4] بها ، كما لو أَقَرَّ كلُّ واحِدٍ منهما بِأَلْفٍ . وأَمَّا إنْ كان المَشْهُودُ به أَلْفًا مُعَيَّنًا ، فشَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّ هذا الرجلَ هو الآخِذُ لها[5] ، لَمْ يَجِبْ إلَّا أَلْفٌ واحِدٌ[6] ، ولِلوَلِيِّ مُطالَبَةُ أَيِّهما شاء ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهما أَخَذَ الْأَلْفَ ، فإنْ كان لم يَرُدَّهُ ، فقد استَقَرَّ فى ذِمَّتِه ، وإنْ كان رَدَّهُ إلى الصَّبِيِّ ، لم تَبْرَأْ ذِمَّتُه بِرَدِّه إلَيْه ؛ لأنَّه ليس له قَبْضٌ صَحيحٌ . فإنْ غَرِمَهُ الَّذى لم يَرُدَّه ، لم يَرجِعْ على أَحَدٍ ؛ لأَنَّهُ استَقَرَّ عليْهِ ، وإن غَرِمَه الرَّادُّ لَهُ ، رَجَعَ على الذى لم يَرُدَّه . فإنْ غَرِمَهُ أَحَدُهما ، فادَّعَى أَنَّ الضَّمانَ استَقَرَّ على صَاحِبِه ، لِيَرْجِعَ عليه ، فالقَوْلُ قَوْلُ الآخَرِ مَعَ يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ اسْتِقْرارِه عليه .

١٩٤٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ حَرْبِيَّيْنِ جَاءَانَا**[1] **مِنْ أَرْضِ الْحَرْبِ ، فذَكَرَ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صاحِبِهِ ، جَعَلْنَاهُمَا أَخَوَيْنِ . وَإِنْ كَانَا سَبْيًا ، فَادَّعَيَا ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ أُعْتِقَا**[2] **، فَمِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمُعْتِقِهِ ، إذَا لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، إلَّا أَنْ**

---

(١) فى م : « الذى » .

(٢) فى م : « به » .

(٣) فى م : « أداؤها » .

(٤) فى ا ، م : « أن يطالب » .

(٥) فى الأصل : « لهما » . وفى ب : « بها » .

(٦) فى ب : « واحدة » .

(١) فى ا ، م : « جاءا » .

(٢) فى ا : « عتقا » .

تَقُومَ بِمَا ادَّعَيَاهُ[٣] بَيِّنَةٌ مِنَ المُسْلِمِينَ ، فَيَثْبُتَ النَّسَبُ ، وَيُوَرَّثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَخِيهِ)

وجُملتُه أنَّ أهلَ الحَرْبِ إذا دَخَلُوا إلينا مُسْلِمِينَ ، أو غير مُسْلِمِينَ ، فأقَرَّ بَعْضُهم بِنَسَبِ بعضٍ ، ثَبَتَ نَسَبُهم ، كما يَثْبُتُ نَسَبُ أَهلِ دارِ الإسلامِ مِن المسلمين وأَهْلِ الذِّمَّةِ بإقْرارِهِمْ ، ولِأنَّه إقرارٌ لا ضَرَرَ على أحدٍ فِيه ، فقُبِلَ ، كإقْرارِهِمْ بالحُقُوق الماليَّةِ ، ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وإنْ كانُوا سَبْيًا ، فأقَرَّ بَعْضُهم بنَسَبِ بعضٍ ، وقامَتْ بذلك بَيِّنَةٌ من المسلمين ، ثَبَتَ أيْضًا ، سَواءٌ كان الشَّاهِدُ أَسِيرًا عندَهُم ، أو غيرَ أَسِيرٍ . وَيُسَمَّى الوَاحِدُ مِنْ هؤلاءِ حَمِيلًا ، أىْ مَحْمُولًا ، كما يُقالُ / للْمَقْتُولِ قَتِيلٌ ، ولِلْمَجْرُوحِ جَرِيحٌ ؛ لأنَّهُ ١١/١٥٦و حُمِلَ مِنْ دارِ الكُفْرِ . وقِيلَ : سُمِّىَ حَمِيلًا ؛ لِأنَّه حَمَلَ نَسَبَه على غيرِه . وإنْ شَهِدَ بِنَسَبِهِ الكُفَّارُ ، لم تُقْبَلْ . وعن أحمدَ ، رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ شَهادَتَهم فى ذلك تُقْبَلُ ؛ لِتَعذُّرِ شَهادَةِ المسلمين به فى الْغالِبِ ، فأشْبَهَ شَهادَةَ أَهْلِ الذِّمَّةِ على الوَصِيَّةِ فى السَّفَرِ ، إذا لم يكُنْ غَيْرُهم . والمذهبُ الأَوَّلُ ؛ لِأنَّنا إذا لم نَقْبَلْ شَهادَةَ الفاسِقِ ، فشَهادَةُ الكافِرِ أَوْلَى ، وإنَّما لم يُقْبَلْ إقْرارُهم ؛ لِمَا فى ذلك مِن الضَّرَرِ على المُعْتِقِ[٤] ، بتَفْويتِ إرْثِهِ بالوَلاءِ ، على تَقْدِيرِ العِتْقِ . وإنْ صَدَّقَهما مُعْتِقُهما ، قُبِلَ ؛ لِأنَّ الحَقَّ له . وإنْ لم يُصَدِّقْهما ، ولم تَقُمْ بَيِّنَةٌ بذلك ، لم يَرِثْ بعضُهم مِن بعضٍ ، ومِيرَاثُ كُلِّ وَاحِدٍ منهما لِمُعْتِقِهِ . وهذا قَوْلُ الشَّافِعِىِّ ، فيما إذا أَقَرَّ بِنَسَبِ أبٍ ، أَوْ أخٍ ، أَوْ جَدٍّ ، أو ابنِ عَمٍّ . وَإنْ أقَرَّ بِنَسَبِ ولدٍ[٥] ، ففيه ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُها ، لا يُقْبَلُ . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ أَنْ يَسْتَوْلِدَ ، فَمَلَكَ الإِقْرارَ به . والثَّالِثُ ، إنْ أَمْكَنَ أنْ يَسْتَوْلِدَ بعدَ عِتْقِه ، قُبِلَ ؛ لِأنَّه يَمْلِكُ الاسْتِيلادَ بعدَ عِتْقِهِ ، وإلَّا لم يُقْبَلْ ؛ لِأنَّه لا يَمْلِكُه[٦] قَبْلَ عِتْقِهِ[٧] . وَيُرْوَى عن ابنِ مَسْعُودٍ ،

---

(٣) فى الأصل : « ادعيا » .

(٤) فى م : « السيد » .

(٥) سقط من : ا ، م .

(٦) فى م : « يملك » .

(٧) فى م زيادة : « أو يستولد قبل عتقه » .

ومَسْرُوقٍ ، والـحَسَنِ ، وابـنِ سِيرِيـنَ ، أنَّ إقْـرَارَهُ يُقْبَـلُ فيمـا يُقْبَـلُ فيــه[٨] الأحْرَارُ الأصْلِيُّون[٩] . وبه قالَ أبو حنيفَةَ ؛ لِأنَّه مُكَلَّفٌ أَقَرَّ بِنَسَبِ وَارِثٍ مَجْهُـولِ النَّسَبِ ، يُمْكِنُ صِدْقُه فيه ، ويُوافِقُ[١٠] المُقَرُّ له فيه ، فقُبِلَ ، كما لو أقرَّ مَنْ له أَخٌ بنَسَبِ ابْنٍ ، وبهذا الْأَصْلِ يَبْطُلُ ما ذكَرْتُموه[١١] . ولَنا ، ما رَوَى الشَّعْبِيُّ ، أنَّ عمرَ ، رضِيَ اللهُ عنه ، كتَبَ إلَى شُرَيْحٍ ، أَنْ لا تُوَرِّثْ حَمِيلًا ، حتى تقُومَ بِه بَيِّنَةٌ . رَوَاه سَعيدٌ[١٢] . وقال أيضا[١٢] : حَدَّثَنا سفيانُ ، عن ابن جُدْعَانَ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، قال : كَتَبَ عمـرُ بنُ الخطَّابِ : أَنْ لا تُوَرِّثْ حَمِيلًا إلَّا بِبَيِّنَةٍ . ولِأنَّ إقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ إسْقاطَ حَقِّ[١٣] مُعْتِقِه / مِنْ ميراثِه ، فلمْ يُقْبَلْ ، كما لو أَقَرَّ أنَّه مَوْلًى لِغَيْرِه ، [١٤]أو أنَّ[١٤] غيرَه شَرِيكُهُ فى وَلَائِه ، وفارَقَ الْإقْرارَ مِن الحُرِّ الذى له أَخٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ نَتِيجَةُ المِلْكِ ، فجرى مَجْرَاهُ ، ولِأنَّ الْوَلَاءَ ثَبَتَ عن عِوَضٍ ، وَالْأُخُوَّةَ بخِلافِه ، ألا تَرَى أنَّه لو قال لِغَيْرِه : أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى وعلىَّ ثَمَنُه . صَحَّ ، وَلَمْ يَثْبُتْ له[١٥] الْوَلَاءُ ؟ وَإذا ثَبَتَ أنَّه بعِوَضٍ ، كان أَقْوَى مِن النَّسَبِ ، وإنَّما قَدَّمْنا النَّسَبَ فى المِيرَاثِ لِقُرْبِه ، لا لِقُوَّتِه ، كما نُقَدِّمُ ذَوِى الفُرُوضِ على العَصَبَةِ مع قُرْبِهِم[١٦] .

١٥٦/١١ ظ

فصل : فإنْ[١٧] كانا مُخْتَلِفَيِ الدِّينِ ، لم يَثْبُتِ النَّسَبُ بإقْرارِه[١٨] ، وإنْ لم يتوارَثا ؛

---

(٨) فى م : « من الأحرار » .

(٩) فى م : « الأصليين » .

(١٠) فى م : « ووافقه » .

(١١) فى م : « ذكروه » .

(١٢) فى : باب لا يورث الحميل إلا ببينة ، من كتاب الفرائض . السنن ١/ ٨٩ ، ٩٠ .
كما أخرجه وكيع ، عن شريح ، فى : أخبار القضاة ٢/ ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٤ - ١٤) فى م : « فإن » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « إلا » .

(١٦) فى الأصل : « قوتهم » .

(١٧) فى م : « فإذا » .

(١٨) فى م : « بإقرارهما » .

لِأَنَّه يَحْتَمِلُ أَنْ يُسْلِمَ الْكافِرُ منهما فيَرِثَ ، ولذلك لو أَقَرَّا بِالنَّسَبِ فى حالِ رِقِّهما ، لم يَثْبُتْ ؛ لاحْتِمالِ التَّوارُثِ بِالْعِتْقِ . وَإِنْ وُلِدَ لِكُلِّ واحِدٍ منهما [19] ابْنٌ مِن حُرَّةٍ ، فأَقَرَّ كُلُّ واحِدٍ منهما [19] للآخَرِ أَنَّهُ ابْنُ عَمِّهِ ، احْتَمَلَ أَنْ يُقْبَلَ إِقْرارُهُ ؛ لِأَنَّه لا وَلاءَ عليه ، فيُقْبَلُ إِقْرارُه ؛ لِوُجُودِ المُقْتَضِى لِقَبُولِه [20] ، وانْتِفاءِ المُعارِضِ . واحْتَمَلَ أَنْ [21] لا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّه يَرِثُهُ المسلمون ، ولِأَنَّه إذا لم يُقْبَلْ إِقْرارُ الأُصُولِ ، فالفُروعُ أَوْلَى . فَإِنْ قُلْنَا : يُقْبَلُ إِقْرارُهما . فأَقَرَّ أَحَدُهما لأبى الآخرِ أَنَّهُ عَمُّه ، لم يَثْبُتِ الإِقْرارُ بالنِّسْبَةِ إلى أَنَّه ابْنُ أخيهِ ؛ لأَنَّه لو ثَبَتَ لَوَرِثَ عَمُّهُ دُونَ مَوْلاهُ الْمُعْتِقِ له . وهل يَثْبُتُ بالنِّسْبَةِ إلى العَمِّ ، فيَرِثُ ابنَ أخيهِ ؟ يَحْتَمِلُ أَنْ يَثْبُتَ ؛ لانْتِقَالِ [22] الْوَلاءِ عَنِ ابْنِ الْأَخِ ، فلا تُفْضِى صِحَّةُ الإِقْرارِ إلى إِسْقاطِ الوَلاءِ . والْأَوْلَى أَنَّه لا يَثْبُتُ ؛ لِأَنَّه لم يَثْبُتْ بالنِّسْبَةِ إلى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فلم يَثْبُتْ فى الْآخَرِ .

١٩٤٤ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا كَانَ الزَّوْجَانِ فِى البَيْتِ ، فَافْتَرَقَا ، أَوْ مَاتَا ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِى الْبَيْتِ أَنَّهُ لَهُ ، أَوْ وَرَثَتُهُ ، حُكِمَ بِمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ لِلرَّجُلِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ لِلْمَرْأَةِ ، وَمَا كَانَ يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا** [1] ، **فَهُوَ** [2] **بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ**)

وجُمْلَةُ ذلك أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إذا اخْتَلَفَا فى مَتاعِ الْبَيْتِ ، أو فى بعضِه ، فقال كُلُّ وَاحِدٍ منهما : / جَمِيعُهُ لى . أو قال كُلُّ واحِدٍ منهما : هذه العَيْنُ لِى . وَكانَتْ لِأَحَدِهما بَيِّنَةٌ ، ثَبَتَ له ، بلا خِلافٍ ، وَإِنْ لم يَكُنْ لِواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، فالمَنْصوصُ عن أحمدَ ، أَنَّ ما يَصْلُحُ لِلرِّجالِ ؛ مِن العَمائِمِ ، وقُمْصانِهم ، وجِبابِهِمْ ، والْأَقْبِيَةِ ، والطَّيالِسَةِ ، والسِّلاحِ ، وأَشْباهِ ذلك ، القَوْلُ فيه قَوْلُ الرجلِ مع يَمِينِهِ ، وما يَصْلُحُ لِلنِّساءِ ؛ كَحَلْيِهِنَّ ، وَقُمُصِهِنَّ ، ومَقانِعِهِنَّ ، ومَغازِلِهِنَّ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المَرْأَةِ مع يَمِينِها . وَما يَصْلُحُ لهما ؛ ١١/١٥٧و

(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢٠) فى الأصل : « بقبوله » .

(٢١) فى الأصل : « أنه » .

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « لانتفاء » .

(١) فى ا ، ب : « بينهما » .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

كالمفارشِ ، والأَوانِى ، فهو بينهما ، وسَواءٌ كان فى أَيْدِيهما مِنْ طَرِيقِ المُشاهَدَةِ ، أَوْ مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ ، وسَواءٌ اخْتلَفا فى حالِ الزَّوْجِيَّةِ ، أو بعدَ البَيْنُونَةِ ، وسواءٌ اخْتلَفا ، أو اخْتلَفَ وَرَثَتُهما ، أو أحَدُهما ووَرَثَةُ الآخرِ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ الجماعةِ ؛ منهم يَعْقُوبُ ابنُ بَخْتانَ ، فى الرجلِ يُطَلِّقُ زَوْجَتَهُ ، أَوْ يَمُوتُ ، فتَدَّعِى الْمَرْأَةُ المتاعَ : فما كان يَصْلُحُ لِلرِّجالِ ، فهو لِلرّجلِ ، وما كان مِنْ مَتاعِ النِّساءِ ، فهو لِلنِّساءِ ، وما اسْتقامَ أَنْ يَكُونَ بينَ الرِّجالِ والنِّساءِ ، فهو بينهما . وإنْ كان الْمَتَاعُ على يَدَىْ غيرِهما ، فمنْ أقامَ البَيِّنَةَ ، دُفِعَ إليه ، وإنْ لم تَكُنْ لهما[٣] بَيِّنَةٌ ، أُقْرِعَ بينَهما ، فَمَنْ كانَتْ له الْقُرْعَةُ ، حَلَفَ وأُعْطِىَ المَتاعَ . وقال ، فى رِوايةِ مُهَنَّا : وكذلك إنِ اخْتلَفا ، وأَحدُهما مَمْلُوكٌ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وقال القاضى : هذا إنَّما هو فِيما[٤] كانَتْ أَيْدِيهما عليه مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ ، أمَّا ما كان فى يَدِ أَحَدِهما مِنْ طَرِيقِ المُشاهَدَةِ ، فهو له مع يَمِينِهِ . وإنْ كان فى أَيْدِيهما ، قُسِمَ بينَهما نِصْفَيْنِ ، سَواءٌ كان يَصْلُحُ لهما ، أو لِأَحَدِهما . وهذا قَوْلُ أبى حنيفَةَ ، ومحمدِ بن الحسنِ ، إلَّا أنَّهما قالا : ما يَصْلُحُ لهما ، وَيَدُهما عليه مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ ، فالقَوْلُ فيه[٥] قَوْلُ الرجلِ مع يَمِينِهِ . وإذا اخْتلَفَ أحَدُهُما ووَرَثَةُ الآخرِ ، فالقَوْلُ
١١/١٥٧ظ قَوْلُ النَّافِى[٦] منهما ؛ لِأَنَّ الْيَدَ المُشاهَدَةَ أَقْوَى مِن الْيَدِ الحُكْمِيَّةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ / لو تَنازَعَ الخَيَّاطُ وصاحِبُ الدَّارِ فى الإِبْرَةِ والْمِقَصِّ ، كانَتْ لِلْخَيَّاطِ . وقال أبو يوسفَ : القَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ، فيما جَرَتِ العادَةُ أنَّه قَدْرُ جهازِ مِثْلِها . وقال مالِكٌ : ما صَلَحَ[٧] لِكُلِّ واحِدٍ منهما ، فهو له ، وما صَلَحَ لهما ، كان للرجلِ ، سواءٌ كان فى أَيْدِيهما مِنْ طَرِيقِ المُشاهَدَةِ ، أو مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَ لِلرَّجُلِ ، وَيَدُهُ عليه أَقْوَى ؛ لِأَنَّ عليه السُّكْنَى . وقال الشَّافِعِىُّ ، وَزُفَرُ ، والبَتِّىُّ : كُلُّ ما فى البَيْتِ بينَهما نِصْفَيْنِ ، فيَحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على نِصْفِهِ ويأْخُذُه . ورُوِىَ نَحْوُ ذلك عن عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ

---

(٣) فى م : « لها » .

(٤) فى م زيادة : « إذا » .

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى الأصل : « الباق » .

(٧) فى ا : « يصلح » .

عنه ؛ لِأَنَّهما تَساوَيَا فى ثُبُوتِ يَدِهما على المُدَّعَى ، وعَدَمِ البَيِّنَةِ ، فلم يُقَدَّمْ أَحَدُهما على صاحِبِه ، كالَّذِى يَصْلُحُ لهما ، أَوْ كما (8) لو كان (8) فى يَدِهما مِنْ حَيْثُ المُشاهَدَةِ ، عندَ مَنْ سَلَّمَ ذلك . ولَنا ، أنَّ أَيْدِيَهما جميعًا على مَتاعِ البَيْتِ ، بدَلِيلِ ما لو نازَعَهما فيه أَجْنَبِىٌّ ، كان القَوْلُ قَوْلَهما ، وقد يَرْجُحُ أحدُهما على صَاحِبِه يَدًا وتَصرُّفًا ، فيَجِبُ أنْ يُقَدَّمَ ، كما لو تَنازَعَا دَابَّةً ، أَحَدُهما راكِبُها ، والآخَرُ آخِذٌ بزِمامِها ، أو قَمِيصًا أحدُهما لَابِسُه ، والآخَرُ آخِذٌ بكُمِّه ، أو جِدَارًا مُتَّصِلًا بدَارَيْهِما ، مَعْقودًا ببِناءِ أَحَدِهما ، أو له عليه أَزَجٌ[9] . ولَنا ، على أبى حنيفة والقاضى ، أَنَّهما تَنازَعَا ما[10] فى أَيْدِيهما ، (11) ولا مَزِيَّةَ لأَحَدِهما عَلَى صَاحِبِه (11) ، أَشْبَهَ ما[12] إذا كان فى اليَدِ الحُكْمِيَّةِ . فأَمَّا ما كان يَصْلُحُ لهما ، فإنَّه فى أَيْدِيهما ، ولا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهما على صاحِبِه ، أَشْبَهَ مَا[12] إذا كان فى أَيْدِيهما مِنْ جِهَةِ المُشاهَدَةِ ، والدَّلَالَةُ على أَنَّهُ ليس لِلنَّافِى[13] ، منهما[14] ، أنَّ وارِثَ المَيِّتِ قَائِمٌ مَقامَهُ ، أَشْبَهَ ما لو وَكَّلَ أَحَدُهما لِنَفْسِهِ وَكِيلًا . فأَمَّا إذا لم يكُنْ لَهُما يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، بل تنازَعَ رَجُلٌ وامْرَأَةٌ فى عَيْنٍ غيرِ قُماشٍ بينَهما ، فلا يَرْجُحُ أَحَدُهما بصَلاحِيَةِ ذلك له ، بل إنْ كانتْ فى أَيْدِيهما ، فهى بَيْنَهما ، وإنْ كانتْ فى يَدِ أَحَدِهما ، فهى له ، وإنْ كانَتْ فى يَدِ غَيْرِهما ، اقْتَرَعا عليها[15] ، فمَنْ خَرَجَتْ له القُرْعَةُ / فهى لهُ ، واليَمِينُ على مَنْ حَكَمْنا بها له فى كُلِّ الْمَواضِعِ ؛ لِأَنَّه ليس لَهُما[16] يَدٌ حُكْمِيَّةٌ ، فأَشْبَها سائِرَ المُخْتَلِفِينَ . ١١/١٥٨و

فصل : وإذا كان فى الدُّكَّانِ نَجَّارٌ وعَطَّارٌ ، فاخْتَلَفا فيما فيها ، حُكِمَ بآلَةِ كُلِّ صِناعَةٍ لصَاحِبِها ، فآلَةُ الْعَطَّارِينَ لِلْعَطَّارِ ، وَآلَةُ النَّجَّارِينَ لِلنَّجَّارِ . وإنْ لم يَكُونا فى دُكَّانٍ واحِدٍ ،

(8 – 8) سقط من : ا ، م .

(9) الأزج : ضرب من الأبنية .

(10) فى ا ، م : « فيما » .

(11 – 11) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(12) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(13) فى الأصل : « للباق » .

(14) سقط من : م .

(15) فى الأصل : « عليه » .

(16) فى ا : « فيهما » .

لكِنِ اخْتَلَفا فى عَيْنٍ ، لم يَرْجُحْ أَحَدُهما بصَلَاحِيَةِ العَيْنِ المُخْتَلَفِ فيها له ، كما ذَكَرْنَا فى الزَّوْجَيْنِ ، ويَكونُ ذلك كتَنازُعِ الأَجْنَبِيَّيْنِ .

فصل : وإذا اخْتَلَفَ المُكْرِى والمُكْتَرِى فى شىءٍ فى الدَّارِ ، نَظَرْتَ ؛ فإِنْ كان مِمَّا يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ ؛ كالأَثاثِ ، والأَوَانِى ، والكُتُبِ ، فهو لِلْمُكْتَرِى ؛ لِأَنَّ العادَةَ أَنَّ الإِنْسَانَ يُكْرِى دَارَهُ فَارِغَةً مِنْ رَحْلِهِ وقُماشِهِ ، وإنْ كان فى شَىْءٍ مِمَّا يَتْبَعُ فى البَيْعِ ؛ كالأَبْوَابِ المَنْصُوبَةِ ، والخَوَابِى[17] المَدْفُونَةِ ، والرُّفُوفِ المُسَمَّرَةِ ، والسَّلَالِيمِ المُسَمَّرَةِ[18] ، والمَفَاتِيحِ ، والرَّحَا المَنْصُوبَةِ ، وحَجَرِهَا التَّحْتَانِىِّ ، فهو للمُكْرِى ؛ لِأَنَّه مِنْ تَوَابِعِ الدَّارِ ، فأَشْبَهَ الشَّجَرَةَ المَغْرُوسَةَ فيها . وإنْ كانتِ الرُّفُوفُ مَوْضُوعَةً على أَوْتادٍ ، فقال أحمدُ : إذا اخْتَلَفا فى الرُّفُوفِ ، فهى لِصاحِبِ الدَّارِ . فظاهِرُ هذا العُمُومُ فى الرُّفوفِ كُلِّها . وقَال القاضى : [19]كلامُ أَحْمَدَ مَحْمُولٌ عَلَى المُسَمَّرَةِ ، فَأَمَّا غَيْرُ المُسَمَّرَةِ[19] فهى[20] بَيْنَهُما إذا تَحالَفَا ؛ لِأَنَّها لا تَتْبَعُ فى البَيْعِ ، فَأَشْبَهَتِ القُماشَ . وهذا ظاهِرٌ يَشْهَدُ للمُكْتَرِى ، ولِلْمُكْرِى ظَاهِرٌ يُعارِضُ هذا ، وهو أَنَّ المُكْرِىَ يَتْرُكُ[21] الرُّفُوفَ فى الدَّارِ ، ولا يَنْقُلُها عنها ، فإذا تَعارَضَ الظَّاهِرَانِ مِن الجَانِبَيْنِ ، اسْتَوَيا . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ . فعلى هذا ، إنْ[22] تَحالَفَا ، كانتْ بينهما ، وإنْ حَلَفَ أَحَدُهما ، ونَكَلَ الآخَرُ ، فهى لِمَنْ حَلَفَ . وذَكَرَ القاضى فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، وأبو الخطَّابِ ، أَنَّهُ إنْ كان لِلرَّفِّ شَكْلٌ مَنْصُوبٌ فى الدَّارِ ، فهو لِصاحِبِ الدَّارِ مع يَمِينِهِ ، وإنْ لم يكُنْ له شَكْلٌ مَنْصوبٌ تَحالَفَا ، وكان بَيْنَهما ؛ لأنَّه إذا كان له شَكْلٌ مَنْصوبٌ فى الدَّارِ ؛ فالمَنْصُوبُ[23] / تابعٌ لِلدَّارِ ، فهو لِصاحِبِها ، والظَّاهِرُ أَنَّ أَحَدَ الرَّفَّيْنِ لِمَنْ له الآخَرُ ، وكذلك إنِ اخْتَلَفا فى مِصْرَاعِ بابٍ ١١/١٥٨ظ

---

(١٧) الخوابى : الجرار العظيمة .

(١٨) سقط من : الأصل ، وفى ا ، م : « المستمرة » .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٠) فى الأصل ، ا ، ب : « هى » .

(٢١) فى ب : « يكترى » .

(٢٢) فى م : « إذا » .

(٢٣) فى ا ، م : « فالشكل » .

مَقْلُوعٍ ، فالحُكْمُ فيه كما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ أحَدَهما لا يَسْتَغْنِى عن صَاحِبِه ، فكان أحَدُهما لِمَنْ له الآخَرُ ، كالحَجَرِ الفَوْقانِىِّ مِنَ الرَّحَى ، والمِفْتاحِ مع السَّكَّرَةِ[٢٤] . ووَجْهُ ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، فى أنَّ الرُّفوفَ لِصاحِبِ الدَّارِ على كُلِّ حالٍ ، أنَّ العادةَ جارِيَةٌ بتَرْكِ الرُّفوفِ فى الدَّارِ ، ولَمْ تَجْرِ بنَقْلِ المُكْتَرِى لها معه ، فكانَتْ لِصاحِبِ الدَّارِ ، كالذى له شَكْلٌ مَنْصُوبٌ ، ولأنَّها إذا كانَتْ لها أوْتادٌ مَنْصُوبَةٌ ، فالأوْتادُ لِصاحِبِ الدَّارِ ، فكذلك ما نُصِبَتْ له ، كالحَجَرِ الفَوْقَانِىِّ [٢٥] مِن الرَّحَى [٢٥] إذا كان السُّفْلَانِىُّ مَنْصُوبًا ، ومِفْتاحِ السَّكَّرَةِ المُسَمَّرَةِ[٢٦] .

فصل : وإذا كان الخَيَّاطُ فى دارِ غيرِه ، فاخْتَلَفا فى الإِبْرَةِ والمِقَصِّ ، فهى لِلْخَيَّاطِ ؛ لأنَّ تَصَرُّفَه فيهما أكثرُ وأظْهَرُ ، والظَّاهِرُ معه ؛ لأنَّ الإنسانَ إذا دَعا خَيَّاطًا لِيَخِيطَ[٢٧] له ، فالعادةُ أنَّه يَحْمِلُ معه إبْرَتَهُ ومِقَصَّهُ . وإنِ اخْتَلَفا فى القَمِيصِ ، فهو لِصاحِبِ الدَّارِ ؛ إذْ لَيست العادةُ أنْ يَحْمِلَ القَمِيصَ معه يَخِيطُه فى دارِ غيرِه ، وإنَّما العادَةُ أنْ يَخِيطَ قَمِيصَ صاحِبِ الدَّارِ فيها . وإنِ اخْتَلَفَ صاحِبُ الدَّارِ والنَّجَّارُ فى القَدُومِ ، والمِنْشارِ ، وآلَةِ النِّجارَةِ ، فهى للنَّجَّارِ . وإنِ اخْتَلَفَا فى الخَشَبَةِ المَنْجُورَةِ ، والأبْوابِ ، والرُّفُوفِ المَنْشُورَةِ ، فهى لِصاحِبِ الدَّارِ . وإنِ اخْتَلَفَ النَّجَّادُ ورَبُّ الدَّارِ فى قَوْسِ النَّدْفِ ، فهو لِلنَّجَّادِ . وإنِ اخْتَلَفا فى الفَرْشِ والقُطْنِ والصُّوفِ ، فهو لِصاحِبِ الدَّارِ . وإنِ اخْتَلَفَ رَبُّ الدَّارِ والسَّقَّا فى القِرْبَةِ ، فهى لِلسَّقَّا . وَإنِ اخْتَلَفا فى الخَابِيَةِ والجِرَارِ ، فهى لِصاحِبِ الدَّارِ ؛ لما ذَكَرْنا .

فصل : وإذا تنازَعَ رجُلانِ دَابَّةً ، أحدُهما راكِبُها ، والآخَرُ آخِذٌ بزِمامِها ، فالرَّاكِبُ أوْلَى بها ؛ لأنَّ تصرُّفَه فيها أقْوَى ، ويَدَه آكَدُ ، وهو المُسْتَوْفِى لمَنْفعتِها . وإنْ كان لأحدِهما عليها[٢٨] / حِمْلٌ ، والآخَرُ آخِذٌ بزِمامِها ، فهى لصاحِبِ الحِمْلِ ؛ ١١/١٥٩و

(٢٤) سَكَّر الباب : أغلقه . والسكرة : قفل الباب .
(٢٥ - ٢٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٢٦) فى ب : « المنصوبة » .
(٢٧) فى الأصل ، ب : « يخيط » .
(٢٨) سقط من : ب .

لذلك[٢٩] . وإنْ كان لِأَحَدِهما عليها حِمْلٌ ، والآخَرُ راكِبٌ عليها ، فهى لِلرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّهُ أقْوَى تصرُّفًا . وإنِ اخْتَلَفا فى الحِمْلِ ، فادَّعاهُ الرَّاكِبُ وصاحِبُ الدَّابَّةِ ، فهو للرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ يدَهُ على الدَّابَّةِ والحِمْلِ مَعًا ، فأشْبَهَ ما لو اختلَف السّاكِنُ وصاحبُ الدّارِ فى قُماشٍ فيها . وإن تنازَعَ صاحِبُ الدَّابَّةِ والرَّاكِبُ فى السَّرْجِ ، فهو لصاحِبِ الدَّابَّةِ ؛ لِأَنَّ السَّرْجَ فى العادَةِ يكونُ لصاحِبِ الفَرَسِ . ولو[٣٠] تنازَعَ اثْنانِ فى ثِيابٍ على عَبْدٍ لِأَحَدِهما ، فهى لصاحِبِ العَبْدِ ؛ لِأَنَّ يَدَ العَبْدِ عليها . وإنْ تنازَعَ صاحِبُ الثِّيابِ والآخَرُ فى العَبْدِ اللَّابِسِ لها ، فهما سَواءٌ ؛ لِأَنَّ نَفْعَ الثِّيابِ يعودُ إلى[٣١] العَبْدِ ، لا إلى صاحِبِ الثِّيابِ . ومذهبُ الشَّافِعِيِّ فى هذا الفَصْلِ ، والَّذى قبلَهُ ، كما ذَكَرْنا .

فصل : وإن اخْتَلَفَ صاحِبُ أرْضٍ ونَهْرٍ فى حائطٍ بينَهما ، فهو لهما ، ويَحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على النِّصْفِ المحْكومِ لَه به[٣٢] . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : هو لصاحِبِ النَّهْرِ ؛ لِأَنَّهُ لِنَفْعِهِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : هو لصاحِبِ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بأَرْضِه . ولَنا ، أنَّه حاجزٌ بين مِلْكَيْهِما ، فكانتْ يَدُهما عليه ، فيكونُ لهما ، كما لو تنازَعَ صاحِبُ العُلْوِ والسُّفْلِ فى السَّقْفِ الذى بينهما ، أو حائطٍ بَيْنَ دارَيْهِما . وما ذَكَرُوه من التَّرجيحَيْنِ مُتَقابِلان[٣٣] ، فيَسْتَوِيان . وإن تنازَعَ صاحِبُ الْعُلْوِ والسُّفْلِ فى السَّقْفِ الذى بَيْنَهما ، فهو بيْنَهما ، كذلِكَ[٣٤] . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : يُقْسَمُ بينهما نِصْفَيْنِ . فإنَّما يَحْلِفُ كُلُّ واحِدٍ منهما على النِّصْفِ الذى يحْصُلُ له ، دونَ النِّصْفِ الآخرِ ؛ لِأَنَّ ما لا[٣٥] يحْصُلُ له لا يُفيدُهُ الحَلِفُ عليه شَيْئًا ، فلا يُسْتَحْلَفُ عليه ، كالمُدَّعِى لا يحْلِفُ على ما يأخُذُه المُدَّعَى عليه .

---

(٢٩) فى ا : « كذلك » .

(٣٠) فى م : « وإن » .

(٣١) فى ب : « على » .

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٣) فى م : « متقابل » .

(٣٤) فى م : « لذلك » .

(٣٥) سقط من : ب ، م .

فصل : وإنْ تنازَعا عِمامَةً ، طَرَفُها فى يِدِ أحدِهما ، وباقِيها فى يَدِ الآخَرِ ، أو قَميصًا ، كُمُّهُ فى يدِ أحدِهما ، وباقيه مع الآخَرِ ، فهما سواءٌ فيهما[36] ؛ لِأَنَّ يدَ المُمْسِكِ بالطَّرَفِ عليها ، بدَليلِ أنَّه لو كان باقِيها على الْأَرْضِ ، فنازَعَه فيها غَيْرُه ، كانتْ لَه ، وإذا كانَتْ فى أَيْدِيهما تساوَيا فيها . ولو كانت دارٌ فيها أربعةُ أبْياتٍ ، وفى أَحَدِ أبْياتِها ساكنٌ ، وفى الثَّلاثَةِ الباقِيَةِ ساكنٌ آخَرُ ، فاخْتَلَفا / فيها ، كان لِكُلِّ واحِدٍ ما هو ساكِنٌ فيه ؛ لِأَنَّ كُلَّ بَيْتٍ ١١/١٥٩ظ ينفصِلُ عن صاحِبِه ، ولا يُشارِكُ الخارِجُ منه السَّاكِنَ فيه فى ثُبُوتِ اليَدِ عليه . ولو تنازَعا السَّاحَةَ التى يُتطَرَّقُ منها إلى البُيُوتِ ، فهى بينَهما نِصْفَيْن ؛ لِاشْتِراكِهما فى ثُبُوتِ الْيَدِ عليها ، فأشْبَهَتِ العِمامَةَ فيما ذَكَرْنا .

١٩٤٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ كانَ لَهُ على أَحَدٍ حَقٌّ ، فَمَنَعَهُ مِنْهُ ، وقَدَرَ لَهُ على مالٍ ، لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ مِقْدارَ حَقِّهِ ؛ لِمَا رُوِىَ عنِ النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خانَكَ »**[1])

وجملتُه أنَّه إذا كانَ[2] لرجل على غيرِه[2] حَقٌّ ، وهو مُقِرٌّ به ، باذِلٌ له ، لم يكُنْ له أنْ يَأْخُذَ من مالِه إلَّا ما يُعْطِيه . بلا خِلافٍ بَيْنَ أهْلِ العِلْمِ ، فإنْ أخَذَ من مالِه شَيْئًا بغيرِ إذْنِه ، لَزِمَهُ رَدُّه إليه ، وإنْ كان قَدْرَ حَقِّهِ ؛ [3]لِأَنَّه لا يجوزُ أن يَمْلِكَ عليه عَيْنًا من أَعْيانِ مالِه ، بغير اخْتِيارِه ، لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ ، وإن كانتْ من جِنْسِ حَقِّهِ[3] ؛ لأنَّهُ قد يكونُ للإِنْسانِ غَرَضٌ فى العَيْنِ . وإن أَتْلَفَها ، أو تَلِفَتْ فصارت دَيْنًا فى ذِمَّته ، وكان الثَّابتُ فى ذِمَّتِه من جِنْسِ حَقِّهِ ، تَقاصًّا ، فى قياسِ الْمذهبِ ، والمَشْهورِ من مَذْهَبِ الشَّافِعِىِّ . وإن كان مانِعًا له لِأَمْرٍ يُبِيحُ المَنْعَ ، كالتَّأْجِيلِ[4] والإِعْسارِ[5] ، لم يَجُزْ أَخْذُ شىءٍ من مالِه ، بغيرِ خلافٍ . وإن

---

(٣٦) فى م : « فيها » .

(١) فى ب ، م زيادة : « رواه الترمذى » . وفى ب بعده : « وقال : حديث حسن » .

(٢ – ٢) فى م : « على رجل عن غيره » .

(٣ – ٣) سقط من : ا . نقل نظر .

(٤) فى م : « كالتأجل » .

(٥) فى الأصل : « وللإعسار » .

أَخذَ شَيْئًا ، لَزِمه رَدُّه إن كان باقِيًا ، أو عِوَضُه إن كان تالِفًا ، ولا يحصُلُ التَّقاصُّ هٰهُنا ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ الذى له لا[6] يَسْتَحِقُّ أخذَه فى الحالِ ، بخلافِ التى قبلَها . وإن كان مانِعًا له بغيرِ حَقٍّ ، وقَدَرَ على استِخْلاصِه بالحاكِمِ أو السُّلْطانِ ، لم يَجُزْ له الْأَخْذُ أيضًا بغيرِه ؛ لِأَنَّهُ قَدَرَ على استِيفاءِ حَقِّه بمَنْ يَقُومُ مَقامَهُ ، فأشْبَهَ ما لو قَدَرَ على استِيفائِه من وَكِيلِه . وإن لم يَقْدِرْ على ذلك ؛ لِكَوْنِه جاحِدًا له ، ولا بَيِّنَةَ له[7] به ، أو لِكَوْنِه لا يُجِيبُهُ إلى المُحاكَمَةِ ، ولا يُمْكِنُهُ إجْبارُه على ذلك ، أو نحو هذا ، فالمشهور فى المذهبِ ، أنَّه ليس له أَخْذُ قَدْرِ حَقِّه . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْنِ عن مالكٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : وقد[8] جعَل أصحابُنا الْمُحدِّثون لِجَوازِ الْأَخْذِ وجْهًا فى المَذْهَبِ ، (9أَخْذًا من 9) حديثِ[10] هِنْد ، حينَ[11] قال لها النَّبىُّ ﷺ : «خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[12] . وقال أبو الخَطَّابِ : ويتخَرَّجُ لنا[13] جوازُ الأَخْذِ ؛ فإنْ كان المَقْدُورُ عليه من جِنْسِ حَقِّه ، أَخَذَ بقَدْرِه ، وإن كان من غَيْرِ جِنْسِه ، تحَرَّى ، واجْتَهَدَ فى تَقْوِيمِه ، مَأْخوذٌ من حَدِيثِ هِنْد ، ومِنْ قولِ أحمدَ فى المُرْتَهِنِ : يَرْكَبُ ويَحْلُبُ ، بقَدْرِ ما يُنْفِقُ ، والمَرْأَةُ تأْخُذُ مُؤْنَتَها ، وبائِعُ السِّلْعَةِ يأْخُذُها مِنْ مالِ المُفْلِسِ بغَيْرِ رِضاهُ[14] . وقال الشَّافِعِىُّ : إن لم يَقْدِر على استِخْلاصِ حَقِّه بِبَيِّنَةٍ[15] ، فلَهُ أَخْذُ قَدْرِ حَقِّه من جِنْسِه أو من غَيْرِ جِنْسِه ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، وقَدَرَ على استِخْلاصِه ، ففيه وَجْهانِ . والمشهورُ من مذهبِ مالِكٍ ، أَنَّهُ إن لم يكُنْ لغيرِه عليه دَيْنٌ ، فله أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ حَقِّه ، وإن كان عليه دَيْنٌ ، لم يَجُزْ ؛ لِأَنَّهما يتَحاصَّانِ[16] فى مالِه إذا أَفْلَسَ . وقال

١١/١٦٠و

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨) سقط من : ا ، م .

(٩ - ٩) فى م : « أمن » .

(١٠) فى ا : « بحديث » .

(١١) فى م : « وقد قال » .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ١١/٣٤٨ .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) فى م : « رضا » .

(١٥) فى م : « بعينه » .

(١٦) فى ا : « يتحاصمان » .

أبو حنيفةَ : له أن يأْخُذَ بقَدْرِ حَقِّهِ إن كان عَيْنًا ، أو وَرِقًا ، أو مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ ، وإن كان المَالُ عَرْضًا ، لم يَجُزْ ؛ لأَنَّ أَخْذَ العَرْضِ عن حَقِّهِ اعْتِياضٌ ، ولا تجُوزُ المُعاوَضَةُ إلَّا برِضًى مِنَ المُتَعاوِضَيْن ، قال الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾[17] . واحتجَّ مَنْ أجازَ الأَخْذَ بحديثِ هِنْد ، حينَ جاءتْ إلى رسولِ الله ﷺ ، فقالت : يا رسولَ الله ، إنّ أبا سُفْيانَ رجلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعْطِينى من النَّفَقةِ ما يكفِينى وولدِى . فقال : « خُذِى مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عليه . وإذا جاز لها أنْ تأْخُذَ مِنْ مالِه ما يكْفِيها بغيرِ إذْنِهِ ، جاز للرَّجُلِ الذى له الحقُّ على الرَّجُلِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أَدِّ الْأَمانَةَ إلى مَنِ ائْتَمَنَكَ ، ولا تَخُنْ مَنْ خانَكَ » . رواه التِّرْمِذِىُّ[18] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ . ومتى أخذَ منه قَدْرَ حقِّهِ من مالِهِ بغَيْرِ عِلْمِهِ ، فقد خانَهُ ، فيدْخُلُ فى عُمومِ الْخَبَرِ ، وقال ﷺ : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ »[19] . ولِأَنَّهُ إن أخَذَ من غيرِ جِنْسِ حَقِّهِ ، كان مُعاوَضَةً بغيرِ تَراضٍ ، وإن أخذَ من جِنْسِ حَقِّهِ ، فليس له تَعْيينُ الحقِّ بغَيْرِ رِضَى صاحبِهِ ، فإنَّ التَّعْيينَ إليه ، ألا تَرَى أنه لا يجُوزُ له أن يقولَ : اقْضِنِى حَقِّى مِنْ هذا الكِيسِ دونَ / هذا . ولِأَنَّ كُلَّ مالا يجُوزُ له تَمَلُّكُه إذا لم يكُنْ له دَيْنٌ ، لا يجوزُ له أَخْذُهُ إذا كان له دَيْنٌ ، كما لو كان باذِلًا له . فأَمَّا حديثُ هِنْد ، فإنَّ أحمدَ اعْتَذَرَ عنه بأنَّ حَقَّها واجبٌ عليه فى كلِّ وَقْتٍ . وهذا إشارَةٌ منه إلى الفَرْقِ بالْمَشَقَّةِ فى المُحاكَمةِ فى كُلِّ وَقْتٍ ، والمُخاصَمَةِ كُلَّ يَوْمٍ تجبُ فيه النَّفَقَةُ ، بخِلَافِ الدَّيْنِ . وفَرَّقَ أبو بَكْرٍ بينَهما بفَرْقٍ آخَرَ ، وهو أَنَّ قِيامَ الزَّوْجيَّةِ كقيامِ البَيِّنَةِ ، فكأَنَّ الحَقَّ صار معلومًا ، بِعِلْمِ قيامِ مُقْتَضِيهِ ، وبينهما فَرْقانِ آخرانِ ؛ أحدُهما ، أنّ للمَرْأةِ من التَّبَسُّطِ فى مالِهِ ، بحُكْمِ العادَةِ ، ما يُؤَثِّرُ فى إباحَةِ أخْذِ الحقِّ ، وبَذْلِ اليَدِ فيه بالمَعْروفِ ، بخِلافِ الأَجْنَبِىِّ . الثانى ، أنَّ النفَقَةَ تُرادُ لإِحْياءِ النَّفْسِ ، وإبْقاءِ المُهْجَةِ ، وهذا مِمَّا[20] لا يُصْبَرُ عنه ، ولا

١٦٠/١١ظ

---

(١٧) سورة النساء ٢٩ .

(١٨) تقدم تخريجه ، فى : ٢٥٦/٩ .

(١٩) تقدم تخريجه ، فى : ٦٠٦/٦ . ويضاف : وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١٣/٥ .

(٢٠) فى ا ، م : « ما » .

سَبيلَ إلى تَرْكِهِ ، فجازَ أخذُ ما تَنْدَفِعُ به هذه[21] الحاجَةُ ، بخِلافِ الدَّيْنِ ، حتى نقولَ : لو صارَتِ النَّفقةُ ماضِيَةً ، لم يكُنْ لها أخْذُها ، ولو وَجَبَ لها عليه دَيْنٌ آخَرُ ، لم يكُنْ لها أخْذُه . فعلَى هذا ، إن أخَذَ شَيْئًا ، لزِمَهُ رَدُّهُ ، إن كان باقِيًا ، وإن كان تالِفًا ، وجَبَ مِثْلُه إن كان مِثْلِيًّا ، أو قيمَتُه إن كان مُتقَوَّمًا ، فإنْ كان مِنْ جِنْسِ دَيْنِه ، تقاصًّا ، وتساقَطَا ، فى قياس المَذْهَبِ ، وإن كان من غيرِ جِنْسِهِ ، لَزِمَه غُرْمُه ، ومَنْ جَوَّزَ مِنْ أصْحابنا الأَخْذَ ، فإنَّه قال : إن وجد[22] جِنْسَ حَقِّهِ ، جازَ له الأَخْذُ منه بقَدْرِ حَقِّه ، مِنْ غيرِ زِيادَةٍ ، وليس له الأَخْذُ من غَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ مع قُدْرَتِهِ على أخْذِهِ [23]مِن جِنْسِهِ[23] ، وإن لم يَجِدْ إلَّا من غَيْرِ جِنْسِ حَقِّه ، فيَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ له تَمَلُّكُهُ ؛ لأنَّهُ لا يجُوزُ أن يَبيعَهُ من نَفْسِهِ ، وهذا يَبيعُه من نَفْسِهِ ، وتَلْحَقُهُ فيه تُهْمَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له ذلك ، كما قالوا : الرَّهْنُ يُنْفَقُ عليه ، إذا كان مَرْكوبًا ، أو مَحْلوبًا ، يُرْكَبُ ، ويُحْلَبُ ، بقَدْرِ النَّفَقَةِ ، وهى من غيرِ الجِنْسِ . واختلَفَ أصحابُ الشَّافِعِىِّ ، فمنهم مَنْ جوَّز له هذا ، ومنهم من قال : يُوَاطِئُ رجلًا يَدَّعِى عليه عندَ الحاكِمِ دَيْنًا ، فيُقِرُّ له بمِلْكِ الشَّىءِ الذى أخذَه ، فيَمْتَنِعُ مَنْ عليه الدَّعْوَى مِنْ قَضاءِ الدَّينِ ، لِيَبيعَ الحاكِمُ الشَّىءَ المأخوذَ ، ويدفَعَهُ إليه .

١١/١٦١و **فصل** : إذا ادَّعَى إنسانٌ على / إنسانٍ حَقًّا ، وأقامَ به شاهِدَيْنِ ، فلم يَعْرِفِ الحاكِمُ عدالَتَهما ، فسألَ حَبْسَ غَرِيمِهِ حتى تثْبُتَ عَدالةُ شُهودِهِ ، أُجيبَ إلى ذلكَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ من المسلِمينَ العَدالَةُ ، ولأنَّ الذى على الغَريمِ قد أَتَى به ، وإنَّما بَقِىَ ما على الحاكِمِ ، وهو الكَشْفُ عن عدالَةِ الشُّهودِ . وإنْ أقامَ شاهدًا واحدًا ، وسألَ حَبْسَ غريمِهِ لِيُقيمَ شاهدًا آخرَ ، وكان الحَقُّ ممَّا لا يَثْبُتُ إلَّا بشاهدَيْنِ ، لم يُحْبَسِ المُدَّعَى عليه ؛ لِأَنَّ البيِّنَةَ ما تمَّتْ ، والحَبْسُ عذابٌ ، فلا يَتَوَجَّهُ عليهِ[24] دونَ تَمامِ البَيِّنَةِ . وإن كان الحَقُّ ممَّا يَثْبُتُ بشاهِدٍ ويَمِينٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُحْبَسُ له ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الواحِدَ حُجَّةٌ فى المالِ ،

---

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) فى م زيادة : « من » .

(٢٣ – ٢٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٤) سقط من : الأصل .

وإنَّما اليَمِينُ مُقَوِّيَةٌ(٢٥) له . والثَّانى ، لا يُحْبَسُ . وهو الصَّحيحُ ؛ لِأَنَّهُ إن حُبِسَ له(٢٦) لِيُقيمَ شاهِدًا آخرَ يَتِمُّ بهما(٢٧) البَيِّنَةَ ، فهو كالحُقوقِ التى لا تثْبُتُ إلَّا بشاهِدَيْنِ ، وإن حُبِسَ لِيَحْلِفَ معه ، فلا حاجَةَ إليه ، فإنَّ الحَلِفَ مُمْكِنٌ فى الحالِ ، فإن حلَفَ ، ثبَتَ حَقُّهُ ، وإلَّا ، لم يَجِبْ شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أن يُقالَ : إن كان المُدَّعِى باذِلًا لليَمِينِ ، والتَّوَقُّفُ لأجْلِ إثْباتِ عَدالَةِ الشَّاهِدِ ، حُبِسَ ؛ لما ذَكَرْنا فى التى قبلَها . وإن كان التَّوَقُّفُ عن الحُكْمِ لِغَيْرِ(٢٨) ذلك ، لم يُحْبَسْ ؛ لما(٢٩ ذكَرْناه . قال القاضى(٢٩) : وكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ فيه بشاهِدَيْنِ ، اسْتُدِيمَ الحَبْسُ حتى تثْبُتَ عَدالَةُ الشُّهودِ أو فِسْقُهم ، وكُلُّ مَوْضِعٍ حُبِسَ(٣٠) بشاهِدٍ واحِدٍ ، فإنَّهُ يُقالُ للمَشْهُودِ له : إن جِئْتَ بشاهِدٍ آخَرَ إلى ثلاثٍ(٣١) وإلَّا أَطْلَقْنَاهُ .

فصل : وإنِ ادَّعَى العَبْدُ أنَّ سيِّدَه أعتَقَهُ ، وأقام شاهِدَيْنِ ، ولم يُعدَّلَا ، فسأل العَبْدُ الحاكِمَ أن يحُولَ بينه وبينَ سيِّده ، إلى أن يَبْحَثَ الحاكِمُ عن عَدَالَةِ الشُّهودِ ، فعلى الحاكِمِ ذلك ، ويُؤْجرُه من ثِقَةٍ ، ويُنْفِقُ عليه من كَسْبِهِ ، ويَحْبِسُ الباقىَ ، فإن عُدِّلَ الشّاهِدانِ ، سُلِّمَ إليه الباقِى من كَسْبِهِ ، وإن فُسِّقَا(٣٢) ، رُدَّ إلى سَيِّدِه . وإنّما حُلْنا بينهما ؛ لما ذكَرْناه فى الفَصْلِ الذى قبلَ هذا ، ولِأنَّنا لو لم نَحُلْ بينَهما ، أفْضَى إلى أن تكُونَ أَمَةً ، فيطأَها . وإن أقامَ شاهِدًا واحِدًا ، وسأل أن / يُحالَ بينَهما ، ففيه وَجْهان . وإن أقامَتِ المَرْأَةُ ١١/١٦١ظ شاهِدَيْنِ يشهَدَانِ بطَلَاقِها ، ولم تُعْرَفْ عَدالَةُ الشُّهودِ ، حِيلَ بينَهُ وبَيْنَها ، وإن أقامَتْ شاهِدًا واحِدًا ، لم يُحَلْ بينهما ؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ لم تَتِمَّ ، وهذا ممَّا لا يثْبُتُ إلَّا بشاهِدَيْنِ ، فلا يثْبُتُ بشاهِدٍ واحِدٍ . واللهُ أعلَمُ .

---

(٢٥) فى ا : « معونة » .

(٢٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٧) فى م : « به » .

(٢٨) فى م : « بغير » .

(٢٩ - ٢٩) فى ا : « ذكرنا فى التى قبلها » .

(٣٠) فى م زيادة : « فيه » .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) فى م : « فسق » .